JESUS,
MARIA, JOSEPH.

POR

DON FRANCISCO, DON LOrenzo, y Don Joachin de Goxenola, numeros 17. y 18.

CON

DON JOSEPH DE URIZAR Y Ascuenaga, num. 16.

SOBRE

LA NULIDAD, O SUBSISTENCIA DE LA venta de las Ferrerias de Arzubia, con su Casa, Montes, y pertenecidos, Vinculadas por Ortuño de Urizàr, num. 2.

1 
ARA descender à la question particular, es preciso referir primero en sumario el ingresso, progresso, y ultimo estado de el caso litigioso; por aver avido sobre este assumpto dos litigios, y cada uno conota diverso assumpto en el concepto juridico.

2 Es cierto, que en dos de Noviembre de 1617. Ortuño de Urizàr, y Doña Antonia de Elejaveitia su muger, n. 2. Vincularon entre otros muchos bienes, las Ferrerias, mayor, y menor de Arzubia, su Casa accessoria, y pertenecidos, y parte de el Monte de Regilvaso, (sobre que es este pleyto) en cabeza de Don Juan Bauptista de Urizàr, num. 3. su hijo, con la obligacion de dàr à los otros sus hijos ciertas cantidades, señaladas en el Codicilo, otorgado en 17. de Agosto de 1627.

3 En 16. de Diziembre de 1687. à pedimento de Don Pedro de Urizàr, num. 11. se expidiò Real Facultad para vender los bienes litigiosos, y en su virtud se vendieron à Don Pedro de Goxenola, num. 13. en 1. de Octubre de 1688.

PRIMERO LITIGIO.

4 En 19. de Diziembre de 1691. Don Juan Manuel de Urizàr, num. 14. puso demanda al referido Don Pedro de Goxenola, num. 13. sobre la nulidad de la venta, y enagenacion, motivando solo la obrrepcion, y subrrepcion de la Real Facultad, y despues alegò tambien lesion; y aviendo respondido Don Pedro, concluso el litigio, se diò sentencia por el Corregidor de el Señorio en 7. de Mayo de 1693. absolviendo à Don Pedro de Goxenola de la demanda, y declarando por firme, y valida la venta: de que se apelò por Don Manuel,

num.

num. 14. ante los Diputados de el Señorio, y estos por la sentencia, que pronunciaron en 19. de Agosto de 1695. confirmaron la dada por el Corregidor: de la que nuevamente apelò dicho Don Manuel, num. 14. à esta Chancilleria, y venidos los Autos, deducidas las pretensiones de las partes: en este estado, y en 4. de Septiembre de 1700. se otorgò escritura de transaccion, apartandose dicho Don Manuel, y Don Pedro su padre de el litigio, aprobando la venta, y las sentencias referidas: y esta escritura se presentò ante el Señor Juez Mayor, y aviendose dado traslado de ella, no contradichose, ni impugnadose se diò sentencia difinitiva en forma en 24. de Diziembre de 1700. aprobando dicha escritura, y condenando à las partes, à que estuviessen por ella.

SEGUNDO LITIGIO.

5 En virtud de dicha transaccion, quedò Don Pedro de Goxenola en la possession pacifica, y se continuò desde dicho año de 1700. hasta que en 16. de Mayo de 1727. por Don Joseph de Urizar, numer. 16. nuevo successor de el citado Mayorazgo, se subscitò el pleyto antiguo transigido, despachando emplazamiento de pleyto retardado; con que citò à Don Francisco, Don Lorenzo, y Don Joachin de Goxenola, numeros 17. y 18. que oy litigan, como posseedores de los referidos bienes; por quienes se opuso la excepcion de transaccion, y pleyto fenecido, como dilatoria, para impedir la contestacion, formando sobre ella articulo, el que se reservò para difinitiva, y contestada la causa, se recibiò à prueba, y en ella à peticion de Don Joseph Actor, numer. 16. se hizo medida de los bienes litigiosos, y sus pertenecidos: contra la qual se dixo de nulidad, y pidiò se bolviesse à hazer; sobre cuya determinacion se formò

nue-

nuevo articulo, el que tambien està reservado, y el pleyto concluso con las siguientes.

PRETENSIONES.

6 Don Francisco de Goxenola, y Consortes, num. 17 pretenden, se declare obstar à Don Joseph, numer. 16. excepcion de transaccion, y que se le condene al cumplimiento de la citada escritura de 24. de Diziembre de 1700. y quando esto cese, para determinar sobre la lesion en lo principal se mande hazer la nueva medida, arreglada à la escritura de compra, y pertenencias antiguas. Y en qualquiera caso se les absuelva de la demanda confirmando las sentencias del Corregidor del Señorio, y sus Diputados: y quando se mandassen bolver los bienes vendidos, fuesse, pagando primero todas las mejoras en ellos echas.

7 Don Joseph de Urizar, num. 16. pretende, que se revoquen las referidas sentencias, y se condene à Don Francisco, y Consortes à la restitucion de los bienes, deseitimando los articulos sobre la transaccion, y nueva medida.

8 De la serie destas pretensiones, variedad de litigios, y sus estados, se viene en conocimiento de el diverso concepto juridico, que tiene el punto litigioso, segun el particular estado de cada uno de los litigios; pues en el antiguo se disputaba solo la subsistencia de la Real Facultad, y el punto de lesion; pero, como este pleyto quedò transigido, incide oy en el nuevo la excepcion de transaccion, como mas principal, y solo en caso de no estimarse esta excepcion, se podra controvertir el punto de la lesion, y el defecto de la Facultad: en cuya consideracion dividiremos este Informe juridico en dos puntos, tratando en cada uno los articulos reservados, respectivos à cada uno de los dos puntos.

En

9 En el primero fundaremos, que se debe observar la transaccion.

10 En el segundo, que la venta fue legitima, y justa.

PUNTO PRIMERO.

QUE SE DEBE ESTAR A LA transaccion.

11 Como assumpto privativo de este punto debemos aqui repetir el hecho de la transaccion, sin insertar lo literal de su tenor, refiriendo solo lo preciso, como es: Que, hallandose aprobada la venta en las sentencias de las dos instancias, sin averse podido calificar la lesion, ni los defectos de la Facultad, se passò à recibir informacion de utilidad sobre el recesso de el litigio, y esta se calificò, y fundò bastantemente con las dos contrarias determinaciones, a que se arreglaron los testigos, como tambien à los meritos de los Autos; en cuya atencion se obtuvo licencia judicial para transigir, y en su virtud el posseedor de el Mayorazgo, y el successor futuro procedieron à otorgar la transaccion, por la que se apartaron de la nulidad, ò recision deducida contra la venta, y la consintieron, y aprobaron por esta nueva escritura; la que se presentò en la Sala, y se mandò guardar, y cumplir por sentencia difinitiva, dada, y pronunciada en toda forma, en 24. de Diziembre de 1700.

12 No se puede dudar, que por sola la transaccion, aun sin sentencia difinitiva, que la mande cumplir, queda evacuado, y fenecido el derecho controvertido, y litigado, por ser el efecto principal de la transaccion poner fin, y silencio à los litigios: *Leg. Fratris* 10 *Cod. de Transact.* y se equipara à la cosa juzgada: *Leg. Non minorem* 5. *Cod. Eod. tit.* Valer. *de Transact. tit.* 5. *quæst.* 1. *numer.* 1. *cum seqq. ubi plures.*

13 Una vez que la transacion se execute con buena fee, justa causa, y estando yà entablado el litigio, en que sea dudoso el futuro evento; no solo obsta, y perjudica à las partes transigentes, si tambien a los siguientes successores, aunque vengan por su proprio derecho à el derecho transigido, y no sean herederos, ni successores de los transigentes: *Leg. Præses* 12. *Cod. de Transact* *Leg. Cum hæreditas*, *ff. Ad Trebell.* Card. de Luc. *de Fideic. disc.* 94. *num.* 3. & *disc.* 174. *num.* 2. & 3. Peregr. *de Fideic. artic.* 52. *num.* 88. Fusar. *de Substit. quæst.* 562. *numer.* 3. Urceol. *de Transact. quæst.* 50. *numer.* 1. *ubi plur.*

14 No se negarà en contrario esta eficazia transcendental de la transaccion; pero se negarà la subsistencia de la transaccion litigiosa por defecto de Facultad Regia, aviendose transigido sobre bienes Vinculados, los que no se pueden enagenar, sin preceder Real Facultad, y como la transaccion viene à ser voluntaria enagenacion: *Leg. Non solum*, *Cod. de Præd. minor. Leg. Sancimus*, *Cod. de Reb. alien. non Alien. cap. Veniens*, *cap. Contingit de Transact.* Valer. *de Transf. tit.* 4. *quæst* 1. *numer* 1. en los bienes Vinculados no subsiste la transaccion sin Real Facultad: D. Molin *de Primog. lib.* 4. *cap.* 9. *signanter*, *numer.* 7. Valer. *de Transf. tit.* 4. *quæst.* 2. *numer.* 6. Urceol. *de Transf. dict. quæst.* 50. *num.* 47. D. Solorz. *de Iur. Ind. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 57. D. Castill. *lib.* 8. *cap.* 36. *§.* 2. *num.* 69. *ubi plur.*

15 Para satisfacer à esta dificultad, que es la mas principal, debemos inquirir, y apurar la razon formal de esta prohibicion, y despues vèr, si se verifica aqui esta razon formal: La qual consiste, en que cada posseedor entra con la obligacion de restituir al siguiente successor los bienes Vinculados, y assi no tiene pleno dominio de ellos, ni Facultad, para enagenar, ni transigir en perjuyzio de el siguiente successor: con que una vez que se quite la qualidad de vinculacion, que es la raiz de donde provie-

ne

ne la restitucion, se podrà proceder à la transaccion sin Real Facultad, segun la regla, y disposicion comun.

16 Descendiendo con este principio à las circunstancias de el caso litigioso; hallaremos, que en la realidad no recibiò la transaccion sobre efectos Vinculados, ni sobre la existencia, ò succesion de el Vinculo; si empero sobre reintegrarse en unos bienes, que yà eran libres; pues se avian vendido, y enagenado en virtud de Real Facultad, la qual quitò el gravamen, y qualidad de la vinculacion, y reduxo los bienes à el estado de libertad. *Mediaque Facultate Regia sublatum fuit impedimentum prohibitionis alienationis, ita ut libere tamquam verus, & absolutus dominus ad alienandum intra limites facultatis remansit, Facultate Regia etenim mediante, bona maioratum libera, ut tamquam propria remanserunt.* D. Salg. *Labyr. cred. part. 2. cap. 9. num. 28. ubi plur. refert.*

17 Sobre la nulidad de estos bienes vendidos yà como libres en virtud de la Real Facultad, se subscitò el primero litigio, y se ha seguido el segundo, siendo el unico, y principal fundamento para impugnar la enagenacion, motivar, que huvo lesion; pues, aunque se deduxeron tambien vicios, y defectos contra la facultad; estos nunca pudieron ser de consideracion, como veremos despues: Y en qualquiera acontecimiento estos litigios vierten sobre un contrato, que se supone hecho con Facultad Real, por la que cesaba la qualidad de vinculada en la cosa litigiosa, y asi el assumpto litigioso antiguo se debiò considerar, y entender en estado de pura libertad, y no de vinculacion; de forma, que se pudiesse transigir sobre èl sin Real Facultad, como se transige sobre bienes libres.

18 Para prueba de este assumpto es proporcionada la duda, que subscita, y resuelve D. Molin. sobre si se debe admitir prescripcion contra la transaccion, ù otro contrato, otorgado sobre bienes de Vinculo en virtud de Facultad Real, para impedir por el medio de la prescripcion

la

la lesion, ù otra accion, que aliàs se pudiera introducir contra la enagenacion, y la facultad; en cuya question vierte la mesma razon de dudar, que se pudiera ofrecer sobre nuestra transaccion; porque, si considerasemos los bienes en el concepto de Vinculados aun despues de ser vendidos con Real Facultad para todos los remedios, con que se pudiera impedir la enagenacion; es constante, que la ordinaria prescripcion no podria excluìr la accion para impugnar el contrato, y reintegrar los bienes en el Vinculo. Anton. Gom. *in Leg*. 40. *Taur. num*. 90. versic. *Certè ego teneo contrarium*. D. Molin. *lib*. 4. *cap*. 10. *numer*. 6. versic. *Cæterum*: pero si se entendiessen como libres, mediante suponerse facultad en la enagenacion, en este concepto qualquiera remedio, ò accion se podria prescrivir por los terminos, y reglas comunes, con que se prescrive contra los bienes libres; sin embargo de que fuessen en el principio de Mayorazgo. En cuyos terminos resuelve, que se debe prescrivir la accion por los terminos ordinarios, considerandose ya los bienes como absolutamente libres.

19 Es digna de puntual nota la doctrina D. Molin. *lib*. 4. *dict. cap*. 9. *num*. 37. & 38. ibi: *Hæc autem remedia, seu actiones, quæ adversus transactiones intentare posse diximus, triginta annis finiuntur, nec ulterius protrahi valent, cùm nulla actio, sivè personalis, sivè realis, sivè mixta in longius tempus protrahantur, sed omnes eo tempore deperire soleant. Leg. Sicut. Cod. de Præscript. 30. vel 40. annor. Leg. 1. Cod. de Annal. except. Leg. 63. Taur. quæ hodie est Leg. 6. tit. 5. lib. 4 in Nov. Leg. Reg. collect. Quod tempus adversus omnes successores in finitum simul uno, atque eodem tempore currere poterit, omnibusque etiam non dum natis præiudicabit. Nam et si in præscriptionibus, & usucapionibus rerum, vel iurium majoratus contrarium dicendum sit; ut infr. isto lib. cap. 10. num. 3 dicemus: Illud tamen in casu, de quo agimus, non procedit, cum iam ad effectum transigendi ex Regijs Facultatibus bona libera*

es-

effecta fuerint, perindeque tamquam libera in exercitio & præscriptione actionum consideranda sint. Quod, quando in Regijs Facultatibus, seu harum transactionum confirmationibus adiectum est, quod bona maioratus ad effectum transigendi libera efficiuntur; probabiliter dici poterit, tamesi replicari valeat, quod, cum transactio, & confirmatio ex dolo, ex proposito, & re ipsa ex metu, quæ in illis intervenerunt, rescindenda sunt, similiter ea clausula, & omnia alia in confirmatione, & transactione contenta, nullis effectus censeri debeant: sed potest dici, quod hoc intelligendum sit, iam dolo, seu metu, vèl enormissima læsione probatis. Sed interim, dum hoc probatum non est quoad ordinem procedendi, atque actionum exercitium, & omnia alia, ea bona tamquam libera iudicanda esse; id namque Regia Facultas operatur. Nec dici poterit, adhuc quoad hunc effectum etiam probationes doli, vèl metus, aut enormissimæ læsionis admittendas esse, cum, hoc probato, etiam quoad actionem exercitium transactio, atque etiam Regia confirmatio non præiudicat. Nam necessarium est, hoc ita restringere, ut res ipsa in infinitum non procedat; alioqui namque etiam post mille annos id ipsum à sequentibus successoribus efici posset, quod satis absurdum futurum esset Cuya resolucion inserta, y confirma D. Castill. *lib.* 8. *cap.* 36 § 2. *num.* 66.

20 Consiguientemente assi como los bienes Vinculados transigidos en virtud de Real Facultad se consideran libres para todos los efectos legales, aunque la transaccion, y facultad se impugnen con el pretexto de lesion, dolo, ò miedo: assi tambien, echa una vez la venta, ò enagenacion con facultad, despues los bienes se deben entender libres, assi para el uso, y exercicio de las acciones, como para transigir sobre la litigiosa accion aunque se dispute la venta, y facultad.

21 De otro modo: Aunque en el primero còntrato no huviera intervenido facultad, subsistiera sin embargo la transaccion otorgada sobre èl, si se huviera obtenido

facultad, para transigir: D. Molin. *dict. cap. 9. num. 20 & omnes relati, supr. num.* 14. luego con superior razon deberà subsistir la transaccion aun sin facultad, quando se interpone sobre enagenacion, en que intervino facultad; pues en este caso se transige sobre bienes ya libres, y en el primero sobre bienes Vinculados: en uno huvo facultad en el principio; en el otro en el progresso; y en qualquiera de los dos casos se verifica, y halla el medio de disolver la vinculacion, que es la facultad, *ut supr. num.* 16. Con que no nos hallamos en terminos de bienes Vinculados; si de bienes puramente libres: ni en la doctrina de los AA. que requieren facultad para transigir, en que se funda la contraria obgeccion; porque esta se entiende quando se transige sobre contrato, ò enagenacion, en que no huvo facultad.

22 Procede lo referido, segun queda fundado, aun en el sentir de los AA. que requieren Facultad Real, para que la transaccion, ò enagenacion de los bienes Vinculados perjudique à los siguientes successores; aunque se dude de la qualidad de vinculacion; pues se salva este sentir con la primera facultad. Pero serà mas notorio todo este assumpto en la opinion de los que admitieron la transaccion sin Facultad Real; quando ay duda probable de la vinculacion: Mier. *de Maiorat.* 4. *part. quæst.* 22. *num.* 17. ibi: *Inferebam, quod valet transactio facta super bonis maioratus, quando est dubium, an sint bona maioratus, & vinculata, vèl non; & super eo disputatur, an sit certum? Quod est singulariter notandum.*

23 Y en el concepto legal puede tener mucha probavilidad esta segunda opinion; pues, aunque sobre bienes Vinculados no se pueda transigir sin facultad; siempre que aya duda en la vinculacion, serà dudosa la nulidad, con que se impugna la transaccion, y para poder oponer esta nulidad, se debe primero comprobar la vinculacion, sobre cuyo assumpto vierte nuevo litigio: Y assi como en todos los otros assumptos sobre bienes libres se man-

dan

dan guardar las transacciones; siempre que sea dudoso el assumpto transigido, sin embargo de que, si notoriamente constasse la accion, ò derecho principal; de aqui se pudiera inferir vicio, y nulidad en la transaccion; assi tambien, quando ay duda en la vinculacion, se podrà transigir sin facultad, aunque *aliàs* fuesse nula la transaccion, constando de el Mayorazgo; porque el efecto, y virtud de la transaccion es poner fin à el litigio, que se podia subscitar, ò proseguir, haziendo cierto, lo que pudiera ser dudoso, *ut supr. num.* 12.

24 Corroborase esta opinion con otro juridico exemplar, y es el de el fideicomisso familiar; en el qual por el gravamen de restituir nace la prohibicion de enagenar: *Leg. Peto 69. §. Prædium 1 ff. de Legat. 2. Leg. Marcellus. §. Res, quæ, ff. ad Trebell* y sin embargo se puede transigir por el heredero fiduciario sobre los bienes de el fideicommisso, siendo dudoso: *Leg. Cum hæreditas 36. ff. ad Trebell. Leg. Cum proponas 16. Cód. de Pact.* D. Molin. *lib. 4. cap. 9. num.* 2. Valer. *de Transact. tit.* 4. *quæst.* 2. *num.* 3. Urceol. *de Transact. quæst.* 50. *numer.* 6. Fusar. *de Substit. quæst.* 562. *n.* 2. Mantic. *de Tacit. lib.* 26. *tit.* 26. *num.* 20.

25 Y lo mesmo succede en los bienes feudales, *cap.* 1. *§. Pen.* ibi: *Transigere rectè poterit. Si de feud. defunct. Fuer. Content. cap.* 1. *de Controv. int. vassal. & alium*, ibi: *Et si pro eo, aut contra eum iudicatum fuerit, vèl cum adversario TRANSEGERIT, dummodò fraudalenter actum non sit, etiamsi post benefitium Domino aperiatur, tale erit, ac si eo causam agente iudicatum fuisset, & ideo ab eo ratum habere opportet.* Urceol. *dict. quæst.* 2. *num.* 4. Rosental. *de Feud. conclus.* 21. *cap.* 9. *num.* 4. Ciryac. *Controv.* 3. *num.* 21. con que, siendo una mesma la razon prohibitiva en los feudos, y fideicommissos, que en los Mayorazgos, para el presente assumpto se puede traer por argumento de los Mayorazgos, lo que se resuelve en fideicommissos, y feudos: *Validaque erit de fideicommisso*

misso ad primogenium argumentatio, ubi eadem ratio in utroque versabitur. D. Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 7. numer. 1. & 7.*

26 Para hazerse el assumpto dudoso en el presente assumpto, no es necessario litigio actual, y bastaria el temor solo de el futuro litigio: *Leg. Cum te 2. Cod. de Transact.* ibi: *Et si nulla fuisset quæstio hæreditatis, tamen propter timorem litis pecunia rectè cauta intelligitur*: *Leg. 4. tit. 21. lib. 4 Recopil.* ibi: *Antes de entrar en contienda de juyzio.* Valer. *tit. 2. quæst. 2. num. 10. & 12.* Urceol. *q. 2. num. 18.* D. Castill. *lib. 8. cap. 36. §. 2. num. 14* y aviendo litigio, siempre se haze dudoso el caso: *Et si timor procederet ex prætensione non iuridica.* Urceol. *dict. quæst. 2. num. 34. & num. 38.* ibi: *Quod iniustitia litis non facit, cum verè lis existat*, y aun parece bastante el receso solo del litigio, pudiendo transigir, por evitar las costas de litigar: *Leg. Minoribus, ubi gloss. ff. de Minor.* y ultimamente: *Ad hoc, ut possit dici, quod transactio erat facta super re non dubia, erat necessaria evidentia infalibilis, & quod finis, qui sperabatur residui litis, esset certissimus.* Mier. *de Maiorat. 4. part. quæst. 22. numer. 35. & 36.* D. Valenzuel. *Consil 175. num. 14.*

27 Concretando estos preceptos juridicos à los precisos terminos de el caso litigioso nadie podrà dudar el justo motivo, que huvo, para transigir; pues precediò à la transaccion no solo el temor solo de el futuro litigio; si empero el litigio de facto; y este no era afectado, ni fingido, si muy disputado, y proseguido; y el evento futuro sobre reintegrar en el Mayorazgo los bienes litigiosos, no solo no era indubitado, y seguro à favor de el Mayorazgo, sino que antes bien, si en el litigio se pudiesse comprehender total seguridad, esta debia ser à favor de el que pretendia la libertad, y defendia la venta, por tener a su favor las dos sentencias de las dos instancias, pudiendose justamente esperar su confirmacion.

28 Consiguientemente, atendido el ultimo estado

de

de el pleyto transigido, parece, que los bienes se estimaban como libres segun las determinaciones, y que no se hallò vicio, ò nulidad en la facultad, ni en la venta otorgada en su virtud: En cuya atencion no se puede dezir notoria la qualidad de vinculacion, como era menester, para fundar en ella la nulidad de la transaccion: ut supponit D. Molin. *supr. num.* 19. y assi, tomando el posseedor justa causa para su desconfiança de las sentencias contra èl pronunciadas, pudo levantar la mano de el litigio, renunciando los bienes, y el derecho de el Mayorazgo: Urceol. *dict. quæst.* 50. *num.* 52. ibi: *Si contra fideicommissarium posidentem lata esset SENTENTIA, vel in possessorio, vèl in petorio ad favorem prætendentis bona; in hoc casu licebit fideicommissario transigere, etiam dimittendo, & relaxando bona.* Ciryac. *Controv.* 3. *number.* 31. *& seqq.*

29 Fuera de que el segundo litigio introducido despues de la transaccion principalmente se ha fundado, y dirigido à calificar, que en la venta huvo lesion; a cuyo fin se ha hecho nueva justificacion; y es digno de notar, que esta accion no toca à el punto de facultad para la enagenacion; si solo à lo justo, ò injusto de el contrato, como si fuesse de bienes yà libres en virtud de la facultad, para vender: con que la transaccion se debe considerar, como otorgada sobre bienes libres, y el dubio solo vierte; sobre si la transaccion pudo impedir, que se bolviesse à suscitar la rescision, ò nulidad por el remedio ordinario de la lesion; pero no por el defecto de facultad; y assi no se puede alegar este defecto, para impugnar lo transigido.

30 Tampoco se puede oponer à la citada escritura de transaccion la especialidad de averse otorgado por Don Manuel Ambrosio de Urizar, num. 14. siendo menor; pues, interviniendo el Curador, licencia judicial, y causa justa, como todo intervino en nuestro caso, no tiene el menor de edad prohibicion legal, para transigir:

Urceol. *de Transact. quæst.* 22. *num.* 1. Valer. *tit.* 4 *quæst.* 1. *num.* 1. y generalmente ſubſiſten las tranſacciones, echas por los menores, ſiempre que ſe deſcubra juſta cauſa: *Leg. Præses Provinciæ, Cod. de Transact.* D. Olea *de Ceſſ. Iur. tit.* 2. *quæst.* 6. *num.* 29. Urceol. *quæst.* 15. *numer.* 10. *& quæst* 20. *num.* 11. Faria ad D. Cobarr. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 34. y en terminos de fideicommiſſo, y Mayorazgo: Urceol. *dict. quæst.* 50. *n.* 26. Card. de Luc. *de Feud. diſc.* 49. *num.* 12. *& de Emphyt. diſc.* 52. *num.* 12. *& de Fideicommiſſ. diſc.* 140. *num.* 3.

31 Procede lo referido con ſuperioridad en las circunſtancias de nueſtra tranſaccion, que ſe otorgò no ſolo por Don Manuel, num. 14. y ſu Curador; ſi tambien por Don Pedro de Urizar, num. 11. ſu padre, y eſte era la parte formal, como actual poſſeedor de el Vinculo, y Don Manuel, num. 14. ſu hijo intervino ſolo como ſucceſſor futuro, è inmediato, por quien, como tal ſe avia ſubſcitado el litigio. *Et quoties ille, qui tranſegit, eſt PATER, qui tam ſuum, quàm deſcendentium negotium gerat, præſumptio ſit, ut potuis bonum, & prudens, quam malum conſilium pro ſuis, & deſcendentibus ſuſcipere voluerit.* Card. de Luc. *de Fideic. diſc.* 49. *num.* 6. Urceol. *dict. quæst.* 50 *num.* 17. ibi: *Item ſi erant PARENTES illi, qui tranſegerunt, qui, numquam in pernicium filiorum præſumuntur, mala fide tranſegiſſe, maximè ſi ita tranſegerunt pro ſe, ſicut pro filijs.*

32 De que nace, que, aunque trataſſemos de bienes adventicios proprios del hijo, pudiera en ſu nombre tranſigir ſu padre, aun ſin decreto juridico: Urceol. *quæst.* 15. *num.* 9. D. Olea *tit.* 2. *quæst.* 6. *num.* 29. Surd. *Conſil.* 451. *num.* 20. Pinel. *in Leg.* 1. *Cod. de Bon. Mat. part.* 3. *num.* 20. verſic. *Ex hac autem regul.* Y con ſuperioridad pudo otorgar la preſente tranſaccion, por ſer el padre poſſeedor actual, y tratar de ſu inmediato, y propio perjuyzio: ſer muy dudoſo el derecho reſpectivo al Mayorazgo, y no hallarſe poſſeìdos, como vinculados los

bie-

bienes transigidos, si como bienes libres en poder de el comprador; con que la transaccion no era causa de dimitir, y sacar de el Mayorazgo los bienes litigiosos; si solo medio para desistir de la accion introducida sobre su reintegra.

33 En cuyas circunstancias es mas absoluta la potestad paterna, y ressa la regla, que impide las transacciones sobre bienes vinculados, porque succeda el hijo por su derecho proprio: *Nam hoc intellige, locum habere, quando Pater per transactionem dimiteret, & relaxaret bona prædicta per filium possessa, quia tunc verè alienaret, dimitens, quod possidebat; secus verò quando nihil possidebat, & fideicommissum erat dubium, & perplexum.* Urceol. *quæst.* 16. *num.* 13. & 14.

34 Una vez que subsista la transaccion, y se tratasse de impugnarla, ò rescindirla con el pretexto de la lesion; es de advertir, que esta nueva accion es diversa en la accepcion juridica de la lesion, que antes se deducia solo contra la venta; pues oy no bastaria probar, para impugnar la transaccion, que intervino lesion en el primero contrato, sino se calificasse tambien, que la huvo en el contrato de transaccion; porque los recursos de el primero contracto quedaron evacuados con lo transigido, y assi es preciso dirigir contra lo transigido el nuevo recurso, y probar la lesion directamente contra la escriptura de transaccion, y convenio: en cuyo sentido, no solo es dificultoso, pero aun impracticable este recurso.

35 Para demostrar, que contra la transaccion no solo no se puede probar, pero ni aun introducir el remedio de la lesion despues de la disposicion de la Ley Real 34. *tit.* 14. *part.* 5. debemos primero suponer, que por sola la disposicion de Derecho comun aun era disputable esta question, pues los textos literalmente excluyen la rescision de lo transigido; aunque se pudiesse verificar engaño, ò lesion: *Leg. de Fideicommisso* 11. *Cod. de Transact.* ibi: *Et non potest eo casu rescindi tamquam circunven-*

ventus sit. Y aunpue el excesso pretendido fuesse en el *quadruplo*; que es aun mas, que la enormissima lesion: *Leg. Lucius Ticius* 78. §. *Hæres fin. ff. ad S. C. Trebell.* ibi: *Posteà repertis instrumentis apparuit QUADRUPLO amplius in hæreditate fuisse; quæsitum: an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, SI NON TRANSACTUM ESSET, posse.*

36 Y sin embargo de quedar reservado, como no comprehendido en todo acto, el *error de calculacion*, que se viniesse à descubrir despues; porque este nunca puede perjudicar, ni vencer à la verdad; aun se limita esta regla comun en punto de transaccion: *Leg. Unic. Cod. de Error. Calc.* ibi: *Errorem calculi, sivè ex uno contractu, sivè ex pluribus emerserit, veritati non afferre præiudicium sæpè constitutum est, unde rationes sæpè computatas denuo tractari posse, si res iudicata non sit, vèl TRANSACTIO NON INTERVENIT, explorati iuris est.* D Castill. *lib. 8. cap 36. §. 2. num. 28.*

37 Y aun es mas que todo lo referido, no admitir contra la transaccion *el dolo*, quando dà motivo al contracto, como lo explicò el texto: *in Leg. Odiosas 3. Cod. de Plus petit*, ibi: *Si quis certa quantitate, sibi met debita, super ampliore pecunia PER DOLUM, ET MACHINATIONEM, cautionem exegerit, TRANSACTIONIBUS, & secundis confessionibus in hoc casu suam obtinentibus firmitatem, talibus enim cautionibus HOC OBIJCERE NON OPPORTET.*

38 La razon, para dar tanta firmeza, è irrevocabilidad à la transaccion, es, porqua toda su virtud se interpone sobre assumpto variable, dudoso, è incierto, y connota el futuro evento de el litigio; conque, aunque se descubra despues por nueva justificacion el *excesso, error, ò dolo*; nada de esto intervino al tiempo de el contracto, quando todo era ambiguo; y durò tambien esta ambiguedad hasta que llegò el caso de su calificacion, y

fue

fue contingente el que pudiera liquidarse; por cuyos accidentes se haze imposible el computo liquido, que es necessario para inferir la lesion. Y assi, aunque controvertible, fue muy probable, que por disposicion comun no se revocasse la transaccion, por dezir, que huvo lesion; si bien, que, aunque todos los AA. niegan unanimes la admision de la lesion *enorme*: unos admitieron la lesion enormissima: y otros excluyeron una, y otra: Ut videre est apud Valer. *de Transact. tit. 6. quæst.* 2. Urceol. *quæst.* 94 *num.* 7. D. Larr. *decis.* 68. *ex num.* 5. D. Castill. *lib.* 8. *cap.* 36. §. 2. *ex num.* 59.

39 Pero la que solo era opinion con probavilidad por Derecho comun, passò a ser incontrovertible decision por Derecho Real; segun la citada *Ley* 34. *tit.* 14. *part.* 5. ibi: *E por ende dezimos, que la avenencia, è el pleyto, que assi fuesse fecho, que debe ser guardado tambien por la una parte, como por la otra; E QUANTO QUIER, que montasse aquella parte, que quitasse el demandador, no la podria despues demandar, è maguer se quisiesse defender, diziendo, que se moviera à facer el pleyto, ò quitamiento POR LAS ESCATIMAS, que le paraba adelante el demandado, no debe valer.*

40 Y assi el Glossador Magistral de dicha Ley la diò su fin en aprobar la opinion exclusiva de la lesion enormissima, y hazer caso decretorio, el que antes era controvertido: D. Greg. Lop. *in dict. Leg.* 34. verbo: *Quanto quier*, ibi: *Tene ergo menti istam legem Partitarum, quæ tollit dictas opiniones: immo & vult ista lex, quod etiam si sit ENORMISSIMA læsio in transactione, non rescindatur; cum dicit QUÆCUMQUE, seu QUANTACUMQUE sit pars, & sic nihil excipit. cap. Solitæ de Maiorat. & obedient.*

41 Por la mesma razon, despues de la Ley Real, las decisiones de los Tribunales son arregladas à la opinion exclusiva del remedio de la lesion enormissima. D. Larr. *decis.* 68. *ubi ex num.* 5. funda, & *num.* 11. refiere las de-

 ci-

cisiones, ibi: *In quo opinionum conflictu eam semper veriorem censui; & contra receptam aliquorum praxim pluries in Senatu iudicavi, læsionem, nec dum enormem, VERUM ENORMISSIMAM, locum non habere in transactione, quæ interponitur in lite iam mota, vèl proximè movenda, quando in transactione habetur consideratio futuri iuditij, à quo transigendo cessatur, ita ut lex nostra 34. tit. 14. part. 5. ad literam observari oportet, & nisi manifesta calumnia appareat adversum substraxisse instrumenta, vèl probationibus impedimento fuisse, semper transactio substinenda: & ita Senatus noster decrevit.*

42 D. Castill. *dict lib.* 8. *cap.* 36. *§.* 2. con reflexion seria, y Magistral disputò la question, *ex num.* 98. y refiere las opiniones, que aun oy subsisten, limitando unos AA. la Ley Real à la lesion enorme; ut Parlad. *diferent.* 44. *num.* 7. otros à la lesion enormissima, que se pudiera inferir solo por el computo quantitativo, sin considerar tambien la estimacion de el futuro evento de el litigio: ut D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 9 *num.* 34. *&* 35. Gutierr. *lib.* 2. *Pract. quæst.* 141. *num.* 4. otros à la transaccion interpuesta sobre causa contenciosa efectiva: ut Matienz. *in Leg.* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *glos.* 8. *num.* 56. *&* 57. otros en la transaccion otorgada por persona advertida; pero no *in rustico, & muliere*: ut D. Gregor. Lop. *ubi proximè*: otros en la transaccion, que no contiene dolo, ò fraude: ut Burg. de Paz *Consil.* 19. *num.* 18. y hecho cargo de todas estas opiniones, las satisfacce, y convence, concluyendo, que qualquiera interpretacion contra lo expressivo, y absoluto de la Ley Real viene à ser contravencion literal à su disposicion, y que assi se debe entender, y recibir sin la menor limitacion.

43 Es digna de notar su resolucion, *num.* 105. ibi: *Et in primis constituo, negari non posse, quin dictæ Leg. 34. Partitæ verba, adeò clara, certa, expressaque sint, & rescissionis transactionis ob quamcumque læsionem, etiam enormissimam exclusiva, UT NULLO PACTO, NULLO*

LO MODO, NULLAQUE EX CAPITE EXCOGITATA INTERPRETATIONE, AUT CONCORDIA ADMITI valeant interpretum nostrorum huius Regni interpretationes, sivè restrictiones omnes relatæ, adeo literæ eiusdem legis contrariæ, & repugnantes, sed indistinctè, & verè probandum sit, &c.

44 Quando no se admitiesse, como mas probable la opinion, que excluye absolutamente toda la lesion contra la transaccion despues de la Ley Real; y quisiessemos discurrir en qualquiera opinion, que limitasse dicha Ley; esta opinion seria puramente theorica; pero imposible de reducirse à practica; porque los AA. que admiten el dolo, ò la lesion enormissima, suponen, que se debe justificar, dando estimacion, y computo fixo à el futuro evento de el litigio, y esta regulacion no se puede practicar; pues lo primero que se debe atender, son las costas, y dilaciones de litigar: *Cum sumptus in petendo, & eventus executionis possit esse incertus, & cogitanda sit mora temporis, quod datur iudicatis Leg. Quod. 51. ff. de Pecul.*

45 Y como connota la favorable sentencia muchas circunstancias, y se embuelven en cada una muchas contingencias, hasta llegar à la executoria: *Argum. text. in Leg. Si ob imprudentiam, ff. de Evict. Leg. Ex malefitijs 4. §. Si quis de Oblig. & act. Leg. 36. tit. 5. partit. 5.* estos lances, que incluye la sentencia favorable, hazen padecer suerte, ò fortuna el que parecia juyzio de Justicia sola: *Leg. Servus 13. ff. de Stat. hom.* ibi: *FORTUNÆ iuditio. Leg. Eos 6. §. Super his, Cod. de Appellat.* ibi: *Pro FORTUNA cuiusque sententia proferatur.* Y aun se juzgan por caso futuro algunos vencimientos: *Argum. text. in cap. 1. de Nov. form. fidelit.* ibi: *In iuste, vèl FORTUITO.* D. Cobarr. *lib. 3. Var. cap. 17. num. 10. versic. 3. apparet*, Guzm. *de Evict. quæst. 4. numer. 2.* Valer. *de Trans. in proœm. num. 5.* y assi en materia litigiosa se truecan con facilidad las esperanças, y suelen ser poco utiles las victorias: *Nam qui sepæ credunt obtinere succumbunt.*

Et

Et si obtinent, computatis laboribus, & expensis, NIHIL adquirunt. Augustin Barbos. *in Pastor. alleg. 79. n.* 14. y aun el Poeta reconociò esta doctrina: Iacob. Falco, *lib. 3. satir. 6.*

Omnibus in causis dubia est victoria semper.
Quem non ancipitis confundit copia iuris?
Quem nou incerti successus alea terret?

46 En esta inteligencia aun los AA que limitan la disposicion Regia, y admiten la lesion enormissima, computando el futuro evento de el litigio, reconocen lo impossible de practicar semejante computacion, *unus pro cunctis*: D. Molin. *dict lib. 4. cap 9. num.* 36. despues de conciliar una, y otra opinion, entendiendo la que excluye toda lesion en virtud de la Ley Real de aquella lesion, que se funda en el interès, y estimacion, sin inducir la consideracion de el litigio; y la opinion, que abraza la lesion enormissima, en las circunstancias de hazerse nuevo computo, estimando el evento litigioso; concluye para nuestro intento, ibi: *Tametsi non rectè illud, quod de probanda enormissima læsione respectu dubij litis eventus diximus, in practican deduci possit, qua ratione hæc acceptio non facile adversus transactiones, vèl compromissa admitenda erit.*

47 Con igual resolutiva expression. Card. de Luca de *Usur. disc. 20. num. 8.* ibi: *Attamen nimium difficile, atque quodammodo moraliter impossibile videtur talem lesionem concludere, dum attendendus non est ipsius rei intrinsecus, & naturalis valor, cum arithmetica proportione inter ipsum, valorem ac pretium, seu aliam æquivalentiam in contractum deductam, sed valor metiri debet ab æstimatione DUBIJ, ET INCERTI LITIS EVENTUS, QUÆ ÆSTIMATIO VIDETUR IMPOSSIBILIS.*

48 Por lo qual, haziendo la consideracion (como oy se debe hazer) sobre el ultimo estado de la transaccion,

cion, para admitir, ò despreciar el remedio unico de la lesion; parece incontrovertible, el que deba despreciarse, aun sin detenerse en liquidar, si huvo, ò no lesion; porque seria infructuoso este trabajo, siendo impossible el computo: y assi la Ley Real con premeditacion quiso por punto general excluir toda lesion: no solo para que se desestimasse, sino la huviesse, ò no se calificasse; si empero para que no se pudiesse oir sobre su justificacion; respecto de ser vicioso el nuevo litigio. Prosequitur D. Castill. *lib.* 8. *cap* 36. §. 2. *num.* 105. versic. *in Primis.*

49 Procede lo referido con superioridad en atencion à la observancia, que ha tenido la escritura de transaccion por espacio de mas de 26 años, desde 4 de Septiembre de 1700. en que se otorgò, hasta 16. de Mayo de 1727. que se suscitò el nuevo litigio: cuya observancia robusteze la concordia, acreditada la justa causa, y excluye toda sospecha *Et quando transactio per plures annos observata est, omnis defectus purgatur*: Add. ad D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 9. *super num.* 37. D. Castill. *dict. cap.* 36. §. 2. *num.* 34. Mier. *de Maior.* 4. *part. quæst.* 22. *num* 50. *argum. text. in cap. Contingit. de Transact.*

50 De este silencio tan diuturno se infieren otros efectos. El primero, que aunque Don Manuel Ambrosio de Urizàr, num. 14. fuesse menor al tiempo de transigir; yà tendria mas de 30. años, quando se comenzò este nuevo litigio en el año de 1727. pues litigaba en el de 1691. y passado el quadrienio desde que se cumplen los 25. años, cessa este recurso, y beneficio: *Leg. Fin. Cod. de Temp. in integ. restit. pet. Leg.* 8. *tit. Fin. part.* 6. Anton. Gom. *tom.* 2 *Variar. cap.* 14. *num.* 7. El segundo, que oy despues de 26. años no se puede deducir otra lesion, que la enormissima; porque la enorme se prescribe por el quadrienio: *Leg.* 4. *tit.* 7. *lib.* 5. *ordinam.* Anton. Gom. *tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 22. *in fin.* y los terminos ordinarios legales para la prescripcion de las acciones corren en las enagenaciones de bienes vinculados, vendidos con Facultad

Real igualmente, que en los bienes libres: ut cum D.Molin. & D. Castill. *diximus supr. num.* 19.

51 Consiguientemente oy fuera deducible (aun quando se admitiesse contra la concordia lesion alguna) solamente la lesion enormissima: y que esta no se puede verificar contra la transaccion, se podra inferir con precision, y superioridad, de no aver semejante lesion aun en la venta primitiva, considerada por sì sola, como manifestaremos en el siguiente discurso; por cuyo motivo no nos detenemos en averiguar, si huvo lesion en la realidad deducible contra la transaccion; pues sino la ay contra la escritura de venta, en que solo se computa la estimacion quantitativa de la cosa vendida; mucho menos se podrà verificar despues de la transaccion, en que se debe computar tambien el incierto, y futuro evento de el litigio; y assi passamos à discurrir sobre la validacion de la escritura de venta por sì sola.

PUNTO SEGUNDO.

QUE LA VENTA LITIGIOSA FUE LEGItima, y justa.

52 QUando sin perjuyzio de la verdad, y sin el embarazo legal de la transaccion se pudiesse oy controvertir, y suscitar el pleyto antiguo segun el estado, que tenia, quando se disputaba sobre la escritura de venta por sì sola; aun en estas circunstancias se debia aprobar la venta, desestimando las que se la oponian, y porque estas se reducen à dos clases: La primera, sobre la obrrepcion, y subrrepcion de la facultad: Y la segunda, sobre la lesion; para satisfaccer à una, y otra excepcion, debemos referir en este punto el hecho correspondiente à las excepciones. Y con mayor expressión el tenor de la facultad, lances, y circunstancias de la venta.

53 Suponese, que en 16. de Diziembre de 1687. Don

Don Pedro de Urizàr, num. 11. posseedor del Mayorazgo fundado por Ortuño de Urizàr, y Doña Antonia de Lejabeitia, num. 2. ocurriò ante su Magestad con esta relacion: *Que era posseedor de el Vinculo, y Mayorazgo referido, y sus bienes, entre los quales era comprehendida la Herreria mayor, y menor llamada de Arzubia, y la casa accessoria à ellas, y sus pertenecidos de heredades, y montes con una porcion de el monte llamado Regilvaso; que todos los dichos bienes rentaban al presente 500. ducados vellon, y sobre ellos estaban impuestos antes de la fundacion de el Vinculo diversos Censos, como eran.*

54 *Uno de 400. ducados de principal en favor del Cabildo de la Iglesia de Dima.*

55 *Otro de 512. ducados en favor de el Convento de Monjas Franciscas de la Villa de Villaro, de los quales se debian mas de 600. ducados de reditos.*

56 *Otro de 14. ducados de principal; de que se debian muchos caidos à la Hermita de Nuestra Señora de Bequerregin.*

57 *Y otro de 20. ducados al Cabildo de Dima; de que assimesmo se debian muchas cantidades de atrassados; todos causados por los posseedores, y sus anteccessores.*

58 *Por los quales se hazian execuciones, y ocasionaban gastos malvaratando los bienes de dicho Mayorazgo, no aviendo podido satisfacerlos en su tiempo dicho Don Pedro; à causa de aver gastado muchas sumas, y la dote de su muger en reparos precisos de los bienes de èl: Y que dichas Herrerias, casa, y sus pertenecidos de Arzubia estaban distintas de la de Urizàr; donde residian los posseedores de el Mayorazgo, media legua de mal camino; con que no se podia laborear, y cuyda por el posseedor, y se hallaban al presente en tal forma, que para su reparo preciso, y tenerlas corrientes se necessitaba gastar mas de 1U500. ducados en nueva lavor de presa, componer sitio para ella, por estàr arruinado el que avia, abrir calzes, y hazer uso mayor, y menor, carbonera, tejado, y casa, y otras cosas,*

cu-

cuya cantidad era impossible poder gastar dicho Don Pedro de Urizàr, por la cortedad de las rentas del Mayorazgo, y cargas de èl, y aunque huviesse quien lo diesse à censo sobre ellas, que no abria por la razon referida, serian siempre de poco util, assi por la distancia, como por requerir assistencia personal para el manejo, y poder labrar en ellas; y porque el Capitan Don Pedro de Goxenola y Arana, num. 13. natural de dicho Lugar de Dima, y persona de caudal, estaba llano à dàr por dichas Herrerias, y casa de Arzubia, y sus pertenecidos 3U600. ducados vellon, con cuya cantidad se podian quitar, y redimir los censos impuestos sobre dicho Mayorazgo, pagar sus reditos, y convertir el resto en reparar los demàs bienes de èl, comprar casas, y caserias en la misma Ante-Iglesia à favor de dicho Mayorazgo, de que le resultaria grande utilidad, pues estas daban frutos, y rentas sin pension, ni necessitar de caudal considerable para el manejo de ellas, como era preciso, para labrar en las Herrerias. Concluyò pidiendo, que en esta atencion se le diesse facultad, para la venta de dichas Ferrerias, su casa, y pertenecidos.

59 En cuya vista se expidiò Cedula, motivando; que para saber la calidad de los Mayorazgos, el valor de sus rentas, situacion de los bienes, las cargas, y obligaciones; se recibiesse informacion sobre todo por el Corregidor de el Señorio, y con su parecer, y tanto autentico de la fundacion se remitiesse a su Magestad.

60 En cuya virtud dicho Corregidor passò à citar à Don Pedro de Urizar, num. 11. como posseedor de el Mayorazgo, y nombro Curador à Don Manuel Ambrosio, num. 14. como succesor inmediato, à quien tambien citò, y a Doña Antonia de Urizàr, num. 12. hemana de el posseedor, y à Doña Antonia de Urizàr, numer. 9. su tia, y recibiò la informacion, prevenida por la Cedula con 6. testigos, los 3. Presbyteros, los 2. Maestros Aguañones, y el otro Escrivano; quienes contestes deponen con expression individual la certeza de la narra-

rativa, que hizò Don Pedro; y esta informacion, acompañada de las disposiciones de los Fundadores, se remitiò à los Señores de la Camara.

61 Y en su vista se expidiò nueva Cedula, para que por personas peritas se tassassen dichos bienes, y el importe preciso para sus reparos; lo qual se executò por tres Maestros Aguañones, nombrados de un acuerdo por todos los interessados; y haziendose cargo de el estado, y calidad de las Ferrerias, su casa accessoria, y demas bienes, expressan en particular la estimacion de cada uno; y aprecian el todo en 37U90. reales. Y los reparos precisos, y su importe en 23U660.

62 Y en vista de todas las referidas diligencias se expidiò la Facultad, para vender dichas Ferrerias de Arzubia, su casa accessoria, y pertenecidos *con calidad, que se huviessen de redimir los dichos censos, que importaban 946. ducados impuestos sobre el Mayorazgo. Y la restante cantidad se depositasse para emplearse en favor de el. Y con que no se vendiessen menos de los dichos 3U600. ducados de vellon que avia ofrecido Don Pedro de Goxenola, y que la venta fuesse en publica almoneda con intervencion de dicho Corregidor*; quien obedeciò la Cedula; y en su execucion mandò dàr, y se dieron los llamamientos forales a dichos bienes, y no aviendo parecido postor de mayor cantidad, se remataron en dicho Don Pedro de Goxenola, num. 13. por los 3U600. ducados, quien los entregò al Depositario nombrado; con cuyas circunstancias se passò à otorgar la venta juridica en 1. de Octubre de 1688.

63 Parece, pues, que la seria reflexion, madurez, y conocimiento, con que se expecularon las causas de la venta, y se procediò à la expedicion de la facultad, debieran justamente contener, è impedir, el que se pudiesse dudar de su legitimacion; pues qualquiera objeccion pareciera mera escrupulosidad; pero sin el tropiezo de tan justo reparo se oponen en contrario à la facultad vicios

de obrrepcion, y ſubrrepcion: ſuponiendo, que eran inciertos los cenſos, que ſe enuncia en el pedimento avia ſobre el Mayorazgo: y eſta negativa ſe funda, en que, aviendo comparecido los Cenſualiſtas ante el Corregidor de el Señorio en 19. de Octubre de 1690. pidiendo, que el Depoſitario de el precio de dicha venta les dieſſe, y entregaſſe los capitales de ſus cenſos con los reditos caidos; por dicho Corregidor ſe declarò no aver lugar à la expedicion de los libramientos, concediendole ſolo à el Cabildo de Dima para la paga de el cenſo de 14. ducados de vellon de capital.

64 Con la negativa de eſtos libramientos ſe juzga juſtificado, que los creditos, que dieron motivo à la facultad, fueron fingidos, y ſimulados, y que ſu incertidumbre influye obrrepcion en la facultad, y dexò ileſſo el recurſo al ſucceſſor del Mayorazgo para recuperar los bienes vendidos: *Argum. text. in Leg. Magis puto 5. §. 15.* ibi: *Manet actio pupillo, ſi poſteà poterit probari, OBRREPTUM eſſe pratori, ff. de Reb. eor.*

65 Porque aſsi como deben ſer legitimos, y ciertos los cenſos, ò deudas, que ſe motivan para la venta de bienes rayzes de menores, ò Communidades, y en otra forma ſeràn las ventas nulas: *dict. Leg. Magis puto 5. §. Si Æs alienum* 14. *Leg. 60. & 63. tit. 18. part.* 3. ubi D. Gregor. Lop. verbo *Agraviado.* Aſsi tambien, quando ſe concede la facultad, para vender bienes vinculados con el fin, y motivo de librar, y redimir cenſos, ò otros gravamenes, que ſe ſuponen ſobre dichos bienes, ſe haze la facultad obrrepticia, y nula, è ineficaz la venta, ſi las deudas motivadas ſon ilegitimas, ò inciertas: D. Salgad. *Labyr. credit. 2. part. cap. 17. ex num.* 46. Avend. *de Cenſib. cap. 64. num.* 3. verſic. *Immo, & ego.*

66 A eſte reparo ſe ſatisfacce por repetidos medios. Lo primero, porque la negativa de los libramientos en aquella ocaſion no viene à concluir la nulidad, ò no exiſtencia de los creditos, para que pudo aver otros motivos

tivos. Y no parece, que cave oy duda sobre la legitimidad, y existencia de dichos creditos; respecto de averse presentado en contrario testimonio, dado por el successor en el Oficio, en que se obraron los autos, y diligencias para la venta litigiosa, de el que resulta, que en virtud de libramientos de los Corregidores de el Señorio se pagaron, y redimieron con el caudal depositado los dos Censos, fundados à favor de el Cabildo de la Ante-Iglesia de Dima; uno de 400. ducados de principal, y otro de 14. y asimesmo el de 512. ducados de principal en favor de el Convento de Religiosas de Santa Isabèl de la Villa de Vilbao; de que tienen los acrreedores otorgadas redempciones à favor del Mayorazgo. Y estos son los motivados en la peticion, para obtener la facultad: con que no fue obrrepticia su relacion.

67 Lo segundo, porque si reconocemos (aunque de passo) la calidad de estos creditos, hallaremos ser legitimos; pues de el de 14. ducados à favor de el Cabildo de Dima no se duda, y este le cargò sobre sì, y sus bienes Doña Antonia de Lejabeitia Confundadora, num. 2. y siendo la fundacion de el Mayorazgo echa en testamento, otorgado por marido, y muger de mancomun, qualquiera le pddo revocar por lo asi correspondiente aun despues de la muerte de el otro conyuge: D. Larrea *decis.* 60. D. Castill. *lib.* 2. *cap.* 18. Mier. *de Maior.* 1. *part. quast.* 23. Y con superioridad pudo disponer, gravando los bienes de su vinculo, y esta deuda, proveniente de la Fundadora, y que era hypotecaria, y real, se debiò satisfaccer por qualquiera successor: D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 10.

68 De la mesma calidad son los otros dos Censos; pues el fundado à favor de el Convento de Santa Isabèl de 512. ducados de principal proviene de parte de las dotes de Doña Maria, y Doña Jacynta de Urizàr, numer. 10. hijas de los Fundadores, à quienes estos por el codicilo, que otorgaron en 17. de Agosto de 1627. mandaron,

ron , y señalaron 1U. ducados de dote respectivamente.

69 Y el Censo de 400. ducados à favor de el Cabildo Eclesiastico de Dima provino de la memoria perpetua de 20. Missas, que mandaron dotar los Fundadores de lo mas prompto de sus bienes en primero lugar por la mesma escriptura de fundacion: y aunque es verdad, que señalaron solo por la limosna 10. ducados, no aviendose convenido el Cabildo en dezir mas que la metad de Missas por la limosna señalada; le fue preciso à Don Pedro de Urizàr, num. 11. posseedor de el Mayorazgo augmentar la limosna, para completar el numero de Missas; sobre que otorgò escritura en 22. de Noviembre de 1682.

70 Y es de notar, que en la peticion para la Facultad haze expecifica relacion de cada uno de los Censos, y tambien se tuvieron presentes en la Camara el testamento, y codicilo de los Fundadores, en que se señalan las dotes, y hazen las otras fundaciones, y en vista de todo en la ultima Cedula decissiva se numera, y expecifica el importe de todos los referidos Censos; y si estos tuviessen algun defecto, naceria de no ser deudas, y gravamenes de los Fundadores, lo que con precission avia de resultar de la serie de sus disposiciones: consiguientemente una vez que se vieron en la Camara las disposiciones de los Fundadores, y no se desestimaron los Censos sobre los bienes de el Vinculo, tacitamente quedaron aprobados, como tambien la verdad de la relacion. *Pro hujusmodi que relatione sufficere in impetratione facultatis pro census extinctione exhibere coram Principe, & consilio Cameræ, census instrumentum, ex cujus inspectione apparet defectus*, D. Salgad. *dict.* 2. *part. cap.* 17. *numer.* 70. Noguerol *allegat.* 32. *num.* 242.

71 Lo tercero, porque (dado, y nò concedido) que los creditos fuessen dudosos, ò indevidos por Derecho, bastaria, que de hecho los huviera; como los huvo, y consta por las escrituras, para que subsistiesse la Facultad

expe-

expedida con el fin de su redempcion, y el comprador de los bienes vinculados quedaria seguro, entregando juridicamente el precio à el depositario nombrado, aunque no se convirtiesse en el efecto destinado de la redempcion de los Censos: porque esta conversion no es de quenta de el que compra, ò mutua: *argum. text. in Leg. fin. ff. de Exercit. act.* ibi: *Etenim non opportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendæ navis curam suscipiat, & negotium Domini gerat, Leg. 1. §. Non autem, ff. Eod. Leg. Liberto, ff. de Negot. gest.* ibi: *Etiam si pecunia non sit in rem ejus versa; tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio: Leg. Sicut. §. Illud videamus, ff. Quib. mod pign. vel hypot. tac. contrab.*

72 Para hazer esta proposicion mas notoria en las circunstancias de nuestra materia, es digno de notar los casos, que los AA. proponen, y deciden El primero es, quando se concede facultad, *para vendèr* los bienes de Mayorazgo con el fin de comprar otros, ò redimir Censos, y se previene en la Facultad, que se haga deposito juridico de el precio, y en estas circunstancias es sin duda, que el comprador cumple, y queda seguro, haziendo el deposito juridico. *Post factam autem pretij consignationem, non tenebitur curare, ut ex illo bona alia comparentur, atque in majoratu subrrogentur ex his, quæ superius adducta sunt: sicque pluries observatum, atque in quadam lite arduissima judicatum vidimus*; D. Molina *de Primog. libr. 4. cap. 4. numer. 23.* D. Olea *de Ces. jur. tit. 4. quæst. 1. numer. 33.* versic. *Nèc leve*, D. Castill. *lib. 8. cap. 36. §. 3. ex numer. 15.* ubi latè fundat, & plures apud Add. ad D. Molin. *ubi proximè*.

73 Pero si la Facultad no previene, que el caudal se deposite, dudase, si el comprador queda seguro, entregando el precio al posseedor de el Mayorazgo; y aun en estos terminos se estima cumplir el comprador, D. Molin. *ubi proximè*, D. Castill. *dict. cap. 36. §. 3. num. 38.* signantèr versic. *Secundus casus est*, Felician. *de Censib. tom. 2. lib. 2. cap. 3. num. 4.*

 El

74 El ſegundo caſo es, quando la Facultad ſe obtiene preciſamente con el motivo unico de ciertos Cenſos, cargados ſobre el Mayorazgo, y con el fin preciſo de tomar otros, para redimir, y acreſcèr los antiguos, en cuyos terminos tiene la queſtion mayor dificultad; porque todo el motivo, y fin de la Facultad nace de la exiſtencia de los Cenſos anteriores, y el acreedor nuevo entra como ſubrrogado en los derechos antiguos; con que ſi eſtos fueſſen nulos, ò defectuoſos, parecia, que ſu nulidad debiera obſtar, y traſcendèr al nuevo acreedor, y aſsi lo fundava D. Salgad. *adductus in argumentum ſupr. numer. 65.*

75 Y ſin embargo queda el comprador ſeguro, con que de hecho ſe verifiquen los Cenſos antiguos, aunque aparezcan defectuoſos en lo juridico; cuya opinion tiene por Author, y defenſor eſpecial, que exprofeſſo la trata, y funda D. Olea *dict. tit. 4. quæſt. 1. num.* 33. & verſic. *Poſſet contra creditores*; ſe haze cargo de la propueſta dificultad, y dando la ſatisfaccion, concluìe in verſic. *Ex quibus in fine*, ibi: *Suppoſito, quod aliquam nullitatem, vel cauſæ defectum paterentur antiqui cenſus, talis nullitas non influeret in novos, eoque maximè, cum nullitas, vel defectus cauſæ non evidens, ſed dubia, & litigioſa eſſet. Quibus rationibus, SINE DUBIO APUD ME EST, hos cenſus, & alios per multos tùnc temporis, & ſub eadem forma creatos, ſolemnes, & validos eſſe.* Noguerol *allegat. 2. numer.* 57. ibi: *Nam ſufficit ei, qui dedit pecuniam, quod de FACTO, licèt NON DE JURE credita deberentur.*

76 Aſsimiſmo D. Olea *dict. numer.* 33. verſic. *Cui veriſsimè*, ſe haze cargo de la doctrina D. Salgad. *Labyr. 2. part. cap. 17. numer.* 46. y reſponde, que eſta opinion ſe entiende, quando el credito antiguo era notoriamente nulo, por ſer poſterior à la fundacion, y no aver facultal; y con la meſma nulidad notoria interpreta, in verſic. *Poſſet contra creditores*. Las Leyes Reales 60. y 63. *tit.* 18.

18. *part.* 3. y la Ley *Magis puto* 5. §. 13. *ff. de Reb. eor.* Y el ſentir de Avendaño, *cap.* 64. *numer.* 9. que ſon todos los fundamentos contrarios, de que nos hizimos cargo, *ſupr. numer.* 65. Y con igual detencion los ſatisface tambien D. Caſtill. *dict. libr.* 8. *& cap.* 36. §. 3. *ex numer.* 24. *cum ſequentib.*

77 De lo referido ſe deduce, que en el caſo preſente no ſe haria invalida la venta, aunque los creditos motivados para obtener la Real Facultad, ſe deſeſtimaſſen deſpues por defecto de juſtificacion; porque al principio exiſtian *ſaltim* de hecho, y la cauſa de ſu conſtitucion era permitida, y legal, por provenir de deudas de el Fundador: y quando el ſucceſſor no debiera pagarlas, ò huviera otros medios de ſatisfacerlas; eſta nueva excepcion no influìa notoria nulidad, y requeriria mayor inſpeccion, que no la podia, ni debia hazer el comprador, à quien le baſtava la exiſtencia nuda de la deuda, y que en lo legal fueſſe dudoſa. Y aſsi como reſuelve D. Olea, que baſta la nuda exiſtencia de la primera facultad, aunque aparezca defectuoſa deſpues; aſsi tambien es baſtante en el caſo preſente, que los debitos ſe deriben de los meſmos Fundadores, aunque deſpues conſtaſſe, que no los debieſſen; pues obligan igualmente à los ſucceſſores los debitos ſin facultad anteriores à la fundacion, como los conſtituìdos deſpues con Facultad: conque por lo comun en la cauſa de deber ſe equipara nueſtra materia à la que trata D. Olea.

78 Pero es mas notorio nueſtro aſſumpto; porque aqui no diſputamos de Cenſos ſubrrogados en los antiguos dudoſos, que ſon los terminos D. Olea, y de el ſegundo caſo. Antes bien nos hallamos en las circunſtancias de el primero: por averſe vendido las Ferrerias, y no los creditos contra el Mayorazgo: Y el producto de la venta nò fue ſolo para redimir los Cenſos, sì tambien para reemplazàr, y ſubrrogar en el Mayorazgo otros bienes, que le fueſſen mas utiles; reſpecto de que las Ferrerias, vin-

vinculadas vendidas, se hallavan muy deterioradas, y necessitava el successor expendèr muchos caudales para ponerlas corrientes, haziendo de nuevo los calzes. Assimesmo se hallavan distantes de la Casa principal de el Mayorazgo; con que el posseedor no podia cuydar de su beneficio; cuyos motivos se propusieron, y justificaron muy por menor, para expedir la Facultad.

79 Y por lo comun la necessidad, ò utilidad en la subrrogacion es causa por sì sola bastante, y suficiente, para vender los bienes provehidos de enagenar, y mucho mas, para obtener Facultad Real à este fin. En bienes de tales: *Text. in Leg. Ita constante, ff. de Iur. dot.* ibi: *Si hoc mulieri utile sit. Leg. Quamvis, ff. Solut. matrim.* En cosas de Iglesias, *cap. 1. de Reb. Eccles. alien. vèl non. Clement. Quia contingit. de Relig. dominib. Leg. 3. tit. 14. part. 1.* ibi: *Que mas provecho es de la Iglesia en las dàr, que en tenerlas.* Y en terminos de Mayorazgos: D. Molin. *lib. 4. cap. 4. ex num. 1. & 12.* Mier. *de Maiorat. 4. part. quæst. 1. limit. 1. num. 1.* D. Castill. *lib. 5. cap. 65. num. 3.* Anton. Gom. *in Leg. 40. Taur. num. 82.* D. Greg. Lop. *in Leg. 6. tit. 11. part. 6.* verb. *Que la non pudiesse vender;* & alij apud Add. ad D. Molin. *ubi proximè.*

80 Descendiendo de la utilidad, ò necessidad en comun à las causas particulares de esta utilidad, se verifican aqui puntualmente las que estiman los AA. por bastantes: como son, hallarse las Ferrerias distantes, y separadas de la casa del Mayorazgo: *Argum. text. in cap. Terrulas, caus. 12. quæst. 2.* ibi: *Aut longè positas. Text. in Authent. de Ecclesiast. tit.* versic. *Si autem annale legatum, collat. 9.* D. Greg. Lop. *in dict. Leg. 6. tit. 11. part. 6.* verb. *Que no la pudiesse vender, column. Pen.* ibi: *Sed an sit causa iusta concedendi facultatem ad alienationem bonorum maioriæ, quando res maioriæ sunt in partibus remotis à domicilio possessoris? Et videtur quod sic.* Y aunque parece, que lo contradice D. Molin. *dict. lib. 4. cap. 4. numer. 16.* En la substancia lo comprueba; ut notant Add. ibi:

ibi: *Cum Mier. dict. 4. part. quæst. 1. limit. 1. numer. 41.*
ubi: Quod habuit in facto.

81 Además de la referida causa concurre la otra
igual en la virtud, y en la justificacion; como es la neces-
sidad de nuevos calces, y por no ser los antiguos aparen-
tes, los llevaban las avenidas, y cada año era preciso
componerlos, y repararlos: con que eran excessivos los
gastos à los emolumentos, en que se descubria nuevo
motivo, para solicitar la subrrogacion: *Argum. text. in
cap. Non liceat Papæ, dict. caus. 12. quæst. 2.* ibi: *Nisi tan-
tummodo domos, quæ in quibuslibet urbibus non inmodica
impensa sustentantur, cap. Sine exceptione ead. caus. &
quæst. Leg. 1. §. 20. ff. de Ventre in poss. mit.* ibi: *Quæ pa-
trimonia onerare magis, quam augere fructibus consue ve-
runt. Mier. dict. quæst. 1. limit. 1. numer. 33. & num. 36.*
ibi: *Dicitur non posidere bona inmobilia, qui ea posidet IN
LOCO PERICULOSO, VEL RUINOSO.*

82 De que se puede inferir: que para obtener esta
facultad no fueron los Censos el unico motivo; si que
concurrieron otros, superiores, cada uno bastante, y to-
dos veridicos, y se verificaron con efecto; pues de el tes-
timonio presentado en contrario consta, que de el pro-
ducto depositado de la venta, despues de pagadas las deu-
das, se compraron con intervencion de la Justicia la Ca-
sa Solar de Surrinaga con sus pertenecidos, y subrrogò es-
ta, y la Casa Solar de Arzuenaga Don Pedro de Urizar
en lugar de las Ferrerias, que avia vendido; para lo qual
obtuvo nueva Real Facultad en 26. de Octubre de 1702.
y tambien consta por instrumentos, que Don Pedro de
Goxenola, numer. 13. comprador de las Ferrerias, hizo
nuevos calces, y pressas, comprando terreno, por ser inu-
tiles los antiguos.

83 Consiguientemente, aunque no se verificassen
en lo juridico las deudas motivadas, para obtener la fa-
cultad; sin embargo debia esta subsistir, respecto de veri-
ficarse las otras causas finales consideradas, y atendidas

 igual,

igualmente; pues, quando en la disposicion de la Ley de el Principe, ò de el Hombre concurren muchas causas, ò razones; basta para su subsistencia, que se verifiquen algunas, aunque se falsifiquen otras. D. Castill. *qui plures refert*, *tom. 6. cap.* 174. *per totum.*

84 Ni es de consideracion lo que en contrario se deduce, y supone de aver dexado los Fundadores quantiosos bienes muebles, y libres, con que se pudieron satisfaccer sus obligaciones, sin ser preciso vender los vinculados, para que se traen los inventarios, hechos por muerte de los Fundadores: cuyo escrupulo queda satisfecho. Lo primero, porque solo, para satisfaccer lo señalado à los cinco hijos, y quatro hijas de los Fundadores, eran necessarios 6U500. ducados en dinero, 2U500. para los cinco hijos, y 4U. para las quatro hijas. Además era menester dotar la Memoria perpetua de 20. Missas: para lo qual no podian alcançar los cortos bienes, que se expressan en los inventarios; como lo reconocieron los Fundadores en el codicilo otorgado en 17. de Agosto de 1627. en que dàn providencia, para cumplir su disposicion, temiendo, *no quedassen bienes muebles, y semovientes de los otorgantes despues de sus dias, que bastassen, para cumplir, y pagar las mandas echas en favor de sus hijos, è hijas, por lo mucho que el otorgante dize, aver gastado en pleytos, como era notorio, sin los quales tuviera hazienda mueble, con que acudir à estas obligaciones tan precisas, y naturales:* con que se descubre no aver quedado bienes muebles, y libres bastantes.

85 Lo segundo, porque, aunque quedassen bienes libres bastantes, quando murieron los Fundadores, pudieron estos consumirse, y gastarse à otros fines, y no consta de su existencia en el año de 1668. en que se hizo la venta de las Ferrerias, en que aun permanecian las deudas, à cuya satisfaccion debia respondèr qualquiera posseedor por ser anteriores à la fundacion, hecha en la institucion universal, *ut dixim supr. num.* 67.

86 Y como las deudas eran de cantidades, que debian exigirſe de lo mas prompto de los bienes, no es prueba de ſu paga, ni es liberacion de la deuda el que los Fundadores dexaſſen bienes libres, ni aun ſeria baſtante, que precedieſſen particiones, y en ellas ſe adjudicaſſen bienes libres quantioſos para eſte pago; pues, no conſtando del efectivo pago por otro medio legitimo, la adjudicacion no puede perjudicar al acreedor, ni impedir la reconvencion contra el ſucceſſor univerſal: *Leg. 23. Cod. Famil. erciſc. Leg. fin. Cod. de Hæredit. act. Leg. 1. Cod. Si cert. petat.* D. Olea *tit. 3. quæſt. 9. num. 24.*

87 Supueſto pues, que de lo haſta aqui fundado, queda convencido lo legitimo de la Facultad, y que ſe verificaron las cauſas de ſu conceſsion, ſin intervenir obrrepcion, ni ſubrrepcion; reſta ſolo averiguar, ſi en el precio de la venta huvo, ò no leſion, y antes de venir a eſta averiguacion ſe debe advertir, que oy no ſe pudiera admitir, ni eſtimar la leſion, ſea enorme, ò enormiſsima; porque una, y otra ſe halla preſcripta; pues ſe preſcribe con el quadrienio la leſion enorme; *Leg. 1. tit. 11. libr. 5. Recop.* ubi Matienz. *Glóſ. fin.* Azeved. *numer. 32. Leg. 4. tit. 7. libr. 5. Ordin.* Anton. Gomez *2. var. cap. 2. numer. 22. in fin. ut diximus ſupr. num.* 50. Y deſde el año de 1688. en que ſe otorgò la venta, haſta el de 727. en que ſe comenzò el nuevo litigio, corrieron mas de 36. años, y aun mas de 26 contando ſolo deſde la tranſaccion, que fue en el de 1700.

88 En qualquiera de eſtos dos computos, y aunque ſe acepte en contrario el mas favorable, que es deſde la tranſaccion, ha diſcurrido todo el tiempo preciſo, para preſcribir la enormiſsima leſion; pues conforme a la diſpoſicion Real toda accion perſonal ſe preſcribe por 20. años, *Leg 6. tit. 15. libr. 4. Recopil. Leg. 63. Taur.* ubi Anton. Gomez *numer. 2.* y la accion para proponer la leſion enormiſsima, como nacida por diſpoſicion legal; & *ex Leg. Si ſuperſtite, Cod. de Dolo*, debe ſer *merè* perſonal;

nal : *Argum. text. in Leg. Si obligatio unic. ff. de Condit. ex Leg.* Matienz. *in Leg.* 1. *tit.* 11. *libr.* 5. *Recopil. Glos. fin. numer.* 6. *&* 7. Y assi parece que se debe prescribir la lesion enormissima por el transcurso de los 20. años despues de la disposicion Real : Parlador. *diferient.* 114. *num.* 3. ibi : *Novissimo jure secundum nostrates patrias leges dicendum est viginti annorum præscriptionem sufficere: ex Leg.* 6. *tit.* 15. *libr.* 4. *Recopil. Qua cautum est, personalem actionem viginti annorum præscriptione repelli: nam enormem, aut ENORMISSIMAM læsionem personalem actionem esse liquido constat.*

89 Pero se dirà en contrario, que la primera demanda de lesion se interpuso dentro de el quadrienio, y que la tela judicial interrumpiò la prescripcion, è hizo perpetua la accion temporal : *Leg.* 10. *in fin. Cod. de Præscription. Leg. Motæ litis, Cod. de Reivindic.* si bien esta dificultad tiene duplicada satisfaccion. Lo primero, porque, aunque se deduxo la lesion contra la venta; esta quedò aprobada, y la lesion excluìda por las sentencias; que se dieron en las dos instancias, y no basta la demanda sola, ni la contestacion, para interrumpir la prescripcion, y es menester, que se estime la demanda, è interpelacion : Y de lo contrario, obteniendo el reo, no solo no se interrumpe, sino que aun corre, y sigue la prescripcion por todo el tiempo de el litigio, y este se une con el anterior, para completar el termino necessario, para prescribir, Oter. *de Pasc. cap.* 21. *numer.* 13. D. Salgad. *Labyr. credit.* 1. *part. cap.* 40. *numer.* 39. D. Covarrub. *in Regul. possessor.* 2. *part.* §. 12. *num.* 4. versic. *Secunda conclusio.*

90 Lo segundo, porque, como diximos *supr. num.* 12. con la transaccion, que se otorgò en el año de 1700. sobre el pleyto hasta alli litigado, cessaron todos los efectos de el litigio, y como uno de ellos debiera cessar la interpelacion, y correr sin embarazo la prescripcion, como si nunca huviera avido litigio alguno. Notòlo con propriedad en las circunstancias todas de nuestra causa : Valer.

ler. *de Transact. tit.* 5. *quæst.* 1. *numer.* 20. ibi: *Ex quo etiam profluit, quod, licèt litigium præscriptionem interrumpat, Leg. Motæ litis; Cod. de Rei vindic. Leg.* 10. *in fin. Cod. de Præscript. long. temp. facta tamen transactione, cessat interruptionis effectus, quemadmodum si liti esset renunciatum*: D. Castill. *de Tertijs, cap.* 35. *numer.* 11. & 12. *aut si sententia ad favorem præscribentis lata esset, quæ etiam perimit effectum interruptæ præscriptionis*, Covarrub. *in Regul. possessor.* 2. *part.* §. 12. *num.* 4. Gregor. Lop. *in Leg.* 19. *tit.* 29. *part.* 3.

91 Quando sin perjuyzio de la verdad, y sin embargo de la prescripcion se quisiesse oy nuevamente oìr sobre la lesion, aun restava otra excepcion, y dificultad; y es, si se pudiera admitir esta accion contra una venta executada con intervencion de la Justicia, precediendo tassaciones de los bienes, llamamientos, y pregones, y lo que mas es, estando tacitamente aprobado el precio de la venta por los Señores de la Camara, insertando por condicion de la Facultad, que no se pudiesse vendèr en menos cantidad *de los* 39600. *ducados, que ofrecia Don Pedro de Goxenola*. Y en reflexa consideracion no puede dexar de ser duro, y violento este recurso contra un contrato tan autentico, y justificado, y aun por disposicion expressa legal està denegada esta accion contra las ventas, que se hazen *Prætore authore*: *Leg. Si quis* 1. *Cod. de Præd. Decur.* Y no obstante ser punto de question, ut videre est apud Zevall. *Com. contr. com. quæst.* 172. & *quæst* 536. aun en la opinion, que admite este recurso, se supone, como preciso, que para desvanecèr la presumpcion, y autoridad, que tienen a su favor estas ventas juridicas, es preciso, que la lesion, y el dolo se justifique concluyentemente, Anton. Gom. *tom.* 2. *variar. cap.* 2. *numer.* 23. *in fin.*

92 Descendiendo pues à esta justificacion, y suponiendo, que despues de el transcurso de tan dilatado tiempo, nunca debiera oìrse la lesion enorme; y que à lo mas que

que se pudiera tratar, fuera de la enormissima, esta lesion solo se debe admitir, y puede considerar segun la mas comun, y practicada opinion, quando huviesse el excesso claro, y notorio precisamente en el triplo: *Velutì si rem valentem* 15. *daretur pro* 4. como lo notò D. Gregor. Lop. *in Leg.* 56. *tit.* 5. *part.* 5. verb. *Major. de* 14. *años.* D. Larrea *decis.* 68. *numer.* 8. ubi haze preciso este computo, excluyendo en un todo el arbitrio. Hermosill. *in dict. Leg.* 56. *glos.* 11. Escob. *comput.* 6. sin embargo de que en el *num.* 10. haze arbitrario este computo, resuelve, y concluye *numer.* 11. ibi: *Noster tamen PINCIANUS SENATUS in contractibus correspectivis venditionis, & similium regulariter illam enormissimam læsionem arbitratur, quando pro re valente* 10. 30. *præstantur, vel econtra, &c. Et illa in judicando, & consulendo sequenda erit, cum sufficiat authoritas nostri Senatus.*

93 Procediendo baxo de este computo preciso de el excesso en el triplo, para que aya lesion enormissima, no se verifica esta, aunque se determinasse solamente por lo propuesto, y articulado en contrario: pues en la justificacion hecha en la primera instancia de el pleyto antiguo se articulò por los actores à la 13. pregunta, que todos los bienes vendidos valian *SIETE MIL DUCADOS.* Y aviendo sido el precio de la venta 3U600. aunque fuesse cierto el articulado, aun no avia excesso en el duplo preciso, para que se verificasse la lesion enorme, y menos en el triplo, como se requeria para la enormissima.

94 Y aunque en la nueva probanza, hecha en la presente instancia, despues de mas de 30. años que se otorgò la venta, sin reparar en el articulado antiguo, se ha querido aumentar el precio, y valor justo de los bienes vendidos hasta 10U. ducados, como oy se articula à la 6. pregunta, aun hecho el computo, segun se finge en contrario, del valor justo, no huvo excesso en el triplo, pues para triplicar los 3U600. ducados de el precio efectivo, era necessa

rio,

rio , que el valor justo de los bienes pasasse de 10y800.
ducados,con que se viene en conocimiento de lo volun-
tario de este recurso aun por lo mesmo , que se deduce , y
alega en contrario , sin passar à la averiguacion de la ver-
dad ; y excepciones , que padece esta justificacion.

95 Empero , para excluìr toda escrupulosidad , nos
debemos detener sobre la justificacion mas apreciable de
el valor de los bienes , para conocèr , si ay probanza de
lesion : En cuya comprobacion es de notar , que la venta,
como juridica , y publica entra asistida de la presumpcion
legal , *ut diximus supr. numer.* 91 . y por el contrario, co-
mo la lesion enormissima contiene especie de dolo , y el
dolo no se presume , tampoco se presume , si no se prueba
la lesion enormissima : *Leg. Dolum , Cod. de Dolo : Leg. Si
creditor. Cod. de Pignorat. act.* Hermosill. *in Leg.* 57 *tit.*
5. *part.* 5. *glos.* 3. *numer.* 4. Barbos. *in cap. super litteris*
20. *numer.* 19. *de Rescript.* Mantic. *de Tacit. & ambig.*
libr. 2 *tit.* 7. *numer.* 1. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 5. *præ-
sumpt.* 3. *num.* 14.

96 Esta justificacion , que debe hazer el actor de el
precio justo , para inferir el excesso , y calificar la lesion;
ha de contener diversas calidades , y condiciones. La pri-
mera , que el valor sea cierto , y determinado , sin varia-
cion de el poco mas , ò menos , D. Covarrub *libr.* 2. *va-
riar. cap.* 3. *num.* 3. Azeved. *in Leg.* 1 *tit.* 11 *libr.* 5. *Reco-
pil. n.* 19. pues en el precio ay tres grados , que es el sumo,
medio , è infimo ; y todos caen baxo de el concepto de
precio justo , D. Covarrub *dict. cap.* 3. *numer.* 1 . Hermo-
sill. *in dict. Leg.* 56 *glos.* 6. *numer.* 3. *cum seqq.* Y como el
mas , ò menos puede verificarse dentro de estos tres gra-
dos , no se puede hazer computo fixo de el excesso en lo
justo de el precio.

97 La segunda condicion es , que la regulacion se
aya de hazer segun el estado , calidad , y tiempo de el
contracto , *Leg. Si volunate* 8. *Cod. de Rescind. vend.*
Leg. 56. *tit.* 5. *part.* 5. ubi D. Gregor. Lopez: verb. *En*
la

la sazon Hermosill. *in dict. Leg.* 56. *glos.* 6. *numer.* 118. Azeved. *in Leg.* 1. *tit.* 11. *libr.* 5. *Recopil. numer.* 12. D. Larrea *allegat.* 106. *num.* 8.

98 La tercera, que si se intenta probar el valor, y precio justo con testigos; estos ayan de dàr razones individuales, y convincentes, para fundar sus deposiciones, y que la estimacion no ha de ser por su afeccion particular; sì por la universal, y comun, *Leg.* 63. ibi: *Pratia rerum non ex affectu nèc utilitate singulorum, sed communitèr fungitur, ff. ad Leg. Falcid.* Alvaro Velasc. *consult.* 43. *numer.* 14. 20. & 21. D. Covarrub. *dict. lib.* 2. & *cap.* 3. *numer.* 4. Pinel. *in Leg.* 2. *Cod. de Rescind. vend.* 3. *part. cap. fin. num.* 12. Matienz. *in dict. Leg.* 1. *tit.* 11. *libr.* 5. *glos.* 2. *num.* 17. ubi Azeved. *num.* 13.

99 Si con atencion à estas condiciones legales reconociessemos las probanzas, que se han hecho para calificar la lesion, hallarèmos, que los testigos, que se examinaron en el pleyto antiguo à la 13. pregnnta de la primera instancia, dizen en esta forma 3. que los bienes valian mas cantidad, de la en que se vendieron; otro, que tenia para sì valian 8ꝟ. ducados, 5. se remiten à las tassaciones judiciales, y los restantes no deponen: conque, aunque en aquella sazòn se articulò mucha menor cantidad, que oy, ni los testigos deponen fixa cantidad, ni dàn razon, ni expressan la estimacion comun. Y en la probanza de la instancia segunda de el pleyto antiguo no se articulò pregunta especial sobre la estimacion de los bienes vendidos.

100 En la justificacion hecha en la presente instancia, se articula à la 6. pregunta, que las Ferrerias, y sus pertenecidos valian 10ꝟ. ducados à el tiempo, que fueron vendidos, por hallarse bien labradas, corrientes, y sin necessidad de reparo considerable; y por las demàs razones contenidas en las preguntas antecedentes, que se reducen, la 4. à no aver Censos sobre el Mayorazgo, ni tener los bienes vendidos necessidad de reparos: Y la 5.

que

que las heredades pertenecientes à las Ferrerias, componian 13U200. estadales; y que cada uno podia valer 4. reales de vellon. Y los testigos examinados al tenor de la 6. la deponen como se articula, motivando las razones, que en ella se expressan, y lo que dexavan depuesto à las preguntas antecedentes.

101 Para convencer estas declaraciones de inciertas, y temerarias, no es menester mas reflexion, que atender à las razones, en que las fundan, y aun à lo mesmo, que no declaran, porque lo ignoran; pues à la quinta pregunta se articula la cavida, y numero de estadales de los pertenecidos, y la estimacion de cada estadal. Y ninguno de los testigos depone, ni sabe el numero de estadales, ni cavida de los pertenecidos; y siendo preciso el computo de este numero cierto, para poder inferir con certidubre la estimacion, y precio fijo de el todo; sin embargo en la sexta pregunta concluyen el precio fijo de el todo, aunque en la antecedente confiessan, que ignoran la cavida de los pertenecidos: Y lo que mas es, que dàn por razon, para señalar el precio cierto de el todo, lo que antes dexan depuesto; con que vienen à alegar su propria ignorancia, para persuadir su ciencia, y noticia; convenciendose con sus mismas razones, que es el preciso despeño de lo temerario, y el castigo de lo incierto. Ioan. Ov.

Falsò loquax verbis promitur ipse suis.

102 Tambien dàn por razon la buena situacion, existencia, y calidad de las Ferrerias, articulada à la quarta pregunta, donde deponen, que se hallaban corrientes à el tiempo de la venta, pero callan con malicia, ò con afectada ignorancia lo que era publico, y notorio, y aun se confessò, y articulò por los actores en el pleyto antiguo à la quinta pregunta de la segunda instancia, que era la mala calidad de la pressa antigua, *que à la parte de arriba tenia solo una estacada, que la llevaban las ave-ni-*

nidas: Y aunque à la 6. pregunta de la primera inſtancia articularon los Actores eſtàr las Ferrerias corrientes: ſus meſmos teſtigos declararon la mala qualidad de la preſſa, *que las aguas ſe llevaban la eſtacada, y ſe paraban las Ferrerias, de que ſe ſeguia mucho perjuyzio, y coſta à los que labraban en ellas*: Cuyo convencimiento fue motivo, para que en la ſegunda inſtancia entraſſen confeſſando el mal eſtado de la preſſa antigua.

103 Pero contra eſta confeſsion, convencimiecto proprio, y depoſiciones de ſus proprios teſtigos ſe articula, y depone oy lo corriente de las Ferrerias, y la ſeguridad de ſus preſſas; y aun ſe quiere traer eſta bueua calidad por razon formal, para elebàr la eſtimacion deſde 7U. ducados, que aun no ſe pudo probar en el pleyto antiguo, haſta 10U. que ſe depone oy; por cuyo arrojo pudieramos exclamar con Farinac. que ſi ablaſſen las piedras de las Ferrerias, clamaran, para convencer eſta falſedad: *Hac omnia, ſi lapides loqui ſcirent, undique falſitatem hujus exclamarent* Farinac. *tom.* 2. *Conſil. Crimin. conſil.* 108. *num.* 2.

104 Convenciamos haſta aqui de temeridad la nueva eſtimacion, que oy ſe ha querido dàr à las Ferrerias, ſacando inciertas las razones, en que ſe funda, valiendonos para eſta prueba ſolamente de las juſtificaciones, que ſe han hecho en contrario; pero ſe harà mas notorio eſte convencimiento, atendiendo à los otros meritos, que ay en los autos. Lo primero à lo que depuſieron los 6. teſtigos examinados con citacion en virtud de la primera Cedula Real, los tres Eclesiaſticos, y los dos Peritos: *de quib. ſupr. num.*60. Lo ſegundo, à las declaraciones recibidas en virtud de la Cedula ſegunda ſobre el eſtado, calidad, y valor de los bienes à los tres Maeſtros Aguañones, nombrados de un acuerdo por los intereſſados; *de quib. ſupr. numer.* 61.

105 Lo tercero, à lo probado, y juſtificado en todas las inſtancias por los defenſores de la venta; pues à la

2. 10. y 11. preguntas del articulado de la primera instancia, y à la 2. y 4. de el Interrogatorio de la instancia presente califican con copioso numero de testigos el mal estado de las Casas, y Ferrerias, y especialmente el de la Pressa; que fue preciso hazer Pressa, y calzes nuevos, comprando sitio, por no ser à proposito el antiguo. Y à la pregunta 11. de la primera instancia; que Don Juan de Urizar, num. 3. posseedor del Mayorazgo, intentò comprar sitio para el mesmo fin, reconociendo la necessidad, y no lo pudo conseguir; y à las preguntas 12. y 13. de el articulado antiguo dizen los testigos, que luego que se hizo la venta, se cayò todo el casco, y cuerpo de la Ferreria mayor, y fue necessario hazerla de nuevo con quasi todos los instrumentos, y reparar la Ferreria menor. Y à la 4. 5. y 6. que por no tener Don Pedro de Urizar vendedor los caudales, que eran precisos, para reparar las ruynas, que amenazavan las Ferrerias, y que se perderian en un todo, dilatando los reparos, solicitò, quien las beneficiasse, sin mas renta, ni pension, que repararlas, y mantenerlas; y no pudiendolo conseguir, ocurriò a la Facultad, para vendèr.

106 Ultimamente, el testigo mas infalible, y veridico es el posterior evento de aver comprado Don Pedro de Goxenola de el Cabildo de Dima sitio, para hazer calzes nuevos, como resulta de la escritura de compra presentada, cuya nueva labor mudamente prueba la necessidad de sitio nuevo, y mala calidad de el antiguo, pues si este fuera à proposito, no se expendiera, ni solicitara otro alguno. Y de la mesma calidad es la justificacion, para la mala calidad de las Ferrerias, que resulta de la ruyna immediata, y posterior à la venta, cuyo exito califica su anterior estado: Ovid.

Exitus acta probat, caveat successibus opto.
Quisquis ab eventu quaque probanda putet.

No

107 No solo se hazen despreciables las declaraciones de los nuevos testigos, en lo elevado de el precio, porque no dàn razones, como era preciso, *ut diximus supr. numer. 98.* ò por mejor dezir, por ser falsa la razon principal de deponer; sì tambien, porque la buena, ò mala calidad, y el estado es la razon potissima de el precio: *Sicut enim diligenti cultura pretia prædiorum ampliantur; ita si negligentius habita sint, minui ea necesse est: Leg. Non intelligitur 3. §. Divi Fratres 5. ff. de Iure Fisc.* Hermosill. *in Leg. 56. glos. 6. numer. 91. & numer. 95. Si est obnoxia periculis, & numer. 96. ratione oneris annexi res dicitur deterior.*

108 Y la razon evidente es, assi por la menor utilidad, que pierde el vendedor, como por la mayor costa, que ha de traer al comprador, quien necessita tener mucho caudal. Lo primero para el precio, y despues para los reparos, y reedificios, y satisfaccion de los cargos: y como todas estas consideraciones influyen immediatamente para el precio, y estimacion legal, los testigos las deben advertir, y pesar, y deponiendo sin esta consideracion, no es de consideracion, quanto quisiessen deponer: *Tacitisque istis, & alijs qualitatibus, quæ augent, & minuunt justum rei pretium, non potest dici concludenter probatam in justitiam valoris rei.* Hermosill. *dict. glos. 6. num. 115.*

109 Quando la probanza contraria no quedasse convencida por sì propria, y no fuesse desestimable por el defecto de las condiciones legales, llegaria el caso estrecho de contrapesar una, y otra justificacion, para reconocèr à qual se debe dàr mayor estimacion, y en este conflicto de probanzas la primera qualidad de prelacion es la mayor *verosimilitud; cap. in nostra 32.* ibi: *Quibus potius lux veritatis assistit: De Testib. Leg. Ob carmen 21. §. Si testes 3.* ibi: *Quod natura negotij convenit, & quæ rei aptiora, & verò proximiora esse compererit, ff. de Testib. Leg. 40. tit. 16. part. 3.* ubi D. Gregor. Lopez *glos. 2.* verb. *Que dizen la verdad.*

Por

110 Por los mesmos medios con que se descubre la
verosimilitud en una justificacion, se califica la repugnan-
cia de la otra, y por la inverosimilitud de la una la credu-
lidad de la contraria: con que el escrupuloso examen, y
repetidas diligencias, que precedieron, y autorizan à la
venta: la estimacion, que ha merecido en todos los juy-
zios, y la observancia, y uso, que ha tenido; a el pallo,
que persuaden su legitimidad, hazen increible la inmodi-
ca lesion.

111 Pero se harà mas evidente la incredulidad, è in-
verosimilitud de la nueva contraria justificacion; si se ha-
zen dos solas consideraciones. La primera, que en el pley-
to antiguo solo se articularon 7U. ducados por el valor
justo de los bienes vendidos, y aun este valor no se pudo
justificar, siendo aquella probanza proxima à la venta: y
oy que han corrido mas de 36. años, cuya distancia haze
mas dificultosa la noticia, se articula valer en aquel tiem-
po los bienes 10U. ducados, de forma que por lo regular
oy debiera ser mas dificultosa la justificacion, y no obs-
tante se hallan testigos, que depongan oy mayor canti-
dad, y no huvo testigos para estimar los bienes en 7U. du-
cados, quando se podia tener noticia mas individual; de
que se infiere la repugnancia, è inverosimilitud de la nue-
va justificacion, y que en ella procederian los testigos
arreglados al presente estado, y como menos noticiosos
de el que tenian los bienes al tiempo de la venta; darian
estos testigos mayor valor, que el que pudieron dar los
que vieron los bienes segun el estado, en que fueron ven-
didos, y que tenian mas promptas, è individuales las no-
ticias.

112 La segunda consideracion es; que esta venta
no fue prticular privada, ni oculta, si juridica, y noto-
ria, y en ella huvo varios examenes, y ultimamente se
dieron los pregones forales: Y no es creible, que si los
bienes vendidos valiessen 10U. ducados, huviesse faltado
quien mejorasse la postura hecha solo en 3U600: mayor-
men-

mente quando en contrario se deduce, y alega, que las Ferrerias son las haziendas principales, y que mas se solicitan en Vizcaya.

113 Y en qualquiera acontecimiento, comparadas una, y otra probanza, haze notorias ventajas la que favorece à la venta; pues por esta concurre el favor de la Ley *Favorabiliores rei, potius quam actores habentur, ff. de Reg. Iur.* y dentro de la justificacion la mayor verosimilitud; los testigos de mayor numero, qualidad, y excepcion, como son los presentados por los Goxenolas en todas tres instancias: los Peritos, y Eclesiasticos examinados por la Justicia en virtud de la primera Cedula, quienes como Peritos, dirian con mayor conocimiento; y los nuevos Peritos, que declararon en fuerza de la Cedula segunda, tassando los bienes para la venta, y el importe de los reparos; y tambien concurre por esta parte lo articulado en contrario en el primero litigio; sobre estimar los bienes vendidos solo en 7U. ducados, y haze mayor presumpcion el que no se pudiesse calificar esta estimacion en el tiempo proximo al contrato; sin embargo de no ser bastante aun para la lesion enorme.

114 Y para superar tan circunstanciada justificacion, solo tienen las contrarias la echa en esta nueva instancia despues de 40. años de la venta, en que los testigos no pueden estàr tan noticiosos, è informados, como los antiguos: ni dàn razones concluyentes; antes bien por sus mesmas razones se concluyen, y convencen; *ut diximus, num.* 101. con que en la censura legal no es de aprecio la nueva justificacion, y debe ser preferida la favorable à la venta. *Quoniam in omnibus probationibus, in quibus invenitur testimoniorum contrarietas, & discordia, maior fides adhibetur testibus, deponentibus in specie, quam in genere: verisimilia, quam in veresimilia: dignioribus, quam minus dignis: deponentibus cum redditione causa, & per rationes urgentiores, quam illis, qui rationem sui testimonij non reddunt, aut reddunt minus urgentem: testibus, qui*

in-

iuris præsumptionem possunt esse melius informati, quam cæteris non ita informatis: testibus deponentibus pro causa favorabili, quam deponentibus contra Carlev. *de Iudit. tit. 2. disp. 3. num. 21.* Ojed. *de Incompatib. benefit. 2. part. cap. 23. num. 142. cum seqq.* Menoch. *de Arbitrar. casu 526. num. 19.*

115 Ni eleva la justificacion contraria la nueva medida echa en esta instancia; pues ademàs de ser nula no puede hazer prueba substancial, y assi se reconoce de su serie: respecto de que aviendose obtenido primera Provision à este fin en el año de 28. no usò la contraria de ella hasta el año de 29. que, motivando para el no uso de la primera no averse hallado personas Peritas, noticiosas de el estado de los bienes a el tiempo de la venta, obtuvo la segunda, quando yà se estaban concluyendo las probanzas, en que se descubre la cautela.

116 Y aviendose requerido al Receptor, y dadose traslado à los Goxenolas; estos entre otras prevenciones pidieron, que los Peritos tuviessen presentes las adquisiciones, y compras de Ortuño de Urizàr, en que se demarcaba todo el terreno de los pertenecidos de Arzubia, y se conociesse el todo vendido, y el precio, en que fue antes comprado el terreno, que fueron 80 ducados: de cuyos instrumentos hizieron exhibicion à este fin: è insistieron tambien, en que se les leyessen, y manifestassen las declaraciones, y tassaciones echas en virtud de las Cedulas Reales para la venta; pues de otra forma los Peritos no podian ser noticiosos de los bienes vendidos segun aquel estado: y seria equivoca la medida, incluyendo lo aumentado à lo vendido, y procediendo segun el presente estado, y de lo contrario apelaron, y protestaron la nulidad.

117 De que se diò traslado à Don Joseph de Urizàr, num. 16. quien contradixo esta pretension, motivando, que la medida, y reconocimiento debia ser *de los estados, de que ACTUALMENTE se componen las heredades,* pa-

para que no era menester la manifestacion de instrumentos, y esta no podia corresponder al Receptor: quien con efecto desestimò lo pedido por los Goxenolas, y estos apelaron de la denegacion; protestando la nulidad, y negandose al nombramiento de Perito, no siendo con arreglamento à lo pedido, y sin embargo el Receptor passò à admitir el nombrado por Don Joseph, y à nombrar de oficio por los Goxenolas, y con los nombrados à executar la medida.

118 Y en esta sacan los nombrados 24U891. estados de las Ferrerias, y sus pertenecidos, siendo assi, que en la probanza moderna à la quinta pregunta solo articulan 13U200. estados; con que en la medida se duplica la cavidad; cuya circunstancia por sì sola bastaria para inferir la corta reflexion, con que se executò la medida, arreglandose solo al presente estado, sin separar lo vendido de lo aumentado, como era preciso; respecto de que la lesion se regula segun la comprehension de la venta, y el estado, que tenian los bienes à el tiempo de el contracto: *ut diximus supr. num.97.*

119 Pero esta nulidad se haze mas visible, si se advierte, que para ser conducente la medida à la materia, que se disputa, han de concurrir dos circunstancias: La primera, y mas principal es, que antes de medir, se sepa, y averigue fixamente, que bienes, y pertenecidos fueron los vendidos, y sobre esta cierta ciencia entra la regulacion por la medida, que es la segunda circunstancia; en la qual los Agrimensores proceden, como Peritos dentro de el Arte; pero la primera no toca al Arte, ni à la Agrimensura, y ha de pender de la noticia particular, que se tuviesse por testigos, ò por instrumentos: y quando sobre ella declarassen (que no declaran) los Agrimensores, debian dàr razon de su noticia particular, para fundar su declaracion, por deponer, como testigos, y no declarar, como Maestros: Ad rem Hermosill. *in dict. Leg. 56. tit. 5. part. 5. glos. 6. num. 65.*

Los

120 Los nombrados para la medida nō pudieron por sì tener noticia de los bienes ſegun el eſtado, en que fueron vendidos; porque deſde la venta, que fue en el año de 688. haſta la medida, que fue en el de 729. corrieron 41. años. Y uno de los nombrados no avia nacido, y otro tenia ſolo un año, ſiendo uno de 34. y otro de 42. años de edad, y aſsi, ni como teſtigos pudieron declarar, ni declaran ſobre la primera circunſtancia, que es la comprehenſion de la venta; antes bien confieſſan ſu ignorancia, y ſe remiten à los inſtrumentos que huvieſſe avido en eſte aſſumpto: con que, aviendoſe denegado la lectura, y reconocimiento de los inſtrumentos por donde avia de conſtar à los Peritos, quales fueron los bienes vendidos, que es la primera circunſtancia para la medida, y no teniendo por sì particular noticia de ella, es inpracticable, que pudieſſen hazer la medida, y regulacion con la diſtincion, y claridad, que es meneſter, midiendo ſolo lo vendido: y ſe viene en conocimiento de que midieron todo lo que oy hallaron, y por eſta razon reſulta de la medida duplicada cabida de la que ſe articula: y con eſte fin, y el de abultar los pertenecidos, y obcecar à los nombrados, ſe contradixo por los actores la preſentacion de los inſtrumentos, y la manifeſtacion à los Peritos: y ſobre que fue cautela no queda duda; pues ſe diò por cauſal de la contradicion; que los inſtrumentos no podian conducir; porque la medida ſe avia de hazer ſegun los pertenecidos, con que *ACTUALMENTE* ſe hallavan las Ferrerias.

121 Y ſiendo eſta regulacion contraria à la diſpoſicion legal, ſerà tambien nula, è inſubſtancial la medida: y quando ſe juzgaſſe preciſa eſta diligencia para la determinacion de la cauſa, no ſe podrà eſtar à la medida hecha, y ſe deberà mandàr hazer otra arreglada à las pertenencias antiguas, y à la eſcritura de venta, midiendo ſolo lo vendido, difiriendo al articulo reſervado ſobre eſte aſſumpto; ſi bien que una vez, que la primera medida ſe deſeſ-

desestime por insuficiente; aviendo sido à pedimento de parte, no avia lugar à nueva regulacion, despues de conclusa la causa en lo principal; aunque no se concluya, para que el Juez de su oficio haga esta medida, y reconocimiento, ut notat Surd. *consil.* 8. *numer.* 12. Gayl. *observat.* 107. *numer.* 4.

122 Fundavamos hasta aqui la subsistencia de la venta para la absolucion de la demanda; pero (caso negado) que se debiesse rescindir, y huviesse lugar à la restitucion; esta se debia entendèr solo en los bienes vinculados, y pagando primero los mejoramientos: para lo qual, y tambien para lo principal es de advertir, que el Fundador de el Mayorazgo dexò solo una Ferreria menor, y esta la reduxo à mayor Don Juan Bautista de Urizar, num. 3. primero successor, quien edificò tambien la otra Ferreria menor, y despues Doña Antonia de Olarte su muger recobrò el importe de estos bienes, como libres de el successor siguiente, como lo deponen contestes 11. testigos al capitulo 15. de el articulado de Don Pedro de Zoxenola, num. 13. en la primera instancia. *Et quia res ista, majoratui ab ejusdem majoratus possessore addita, potest per se subsistere clarissimum est, eam non sequi majoratus naturam, nèc ad cæteros majoratus successores jure successionis pertinere, sed hæredibus, tamquam bona libera esse adjiciendam*, D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 26. *num.* 3. *& ita judicatum refert. num.* 5. *ubi Add. cum pluribus.*

123 Entre otras mejoras utiles, y permanentes, que justificò aver hecho Don Pedro, num. 13. califica à la dezima pregunta de la primera instancia la composicion, y fabrica de las paredes de la casa principal de Arzubia, suelos, y lagares, cercando la Huerta. Y à los capitulos 12. y 13. que poco despues de la venta se arruinò la Ferreria mayor, y que la bolviò à edificar el comprador. Assimesmo queda anotado, que por ser inutil la pressa antigua, comprò sitio para otra nueva, y la fabricò à su costa;

tà : Que hizo diferentes plantios, y rompimientos de lo
inculto : de forma, que se debe sin duda à estas mejoras
el aumento, que dàn los testigos de la nueva probanza
aun à la estimacion, que se articulò, y no pudo calificar
en la antigua.

124 Y para recuperar las expensas de estas mejoras
al que fue posseedor de buena fee, y aun justo titulo, co-
mo lo fue Don Pedro, num. 13 le compete accion Real,
y aun retencion: *Leg. Si necessarias, ff. de Pignor. act. Leg. Quod si sumptus, ff. de Petit. hæredit. Leg. Colonus, ff. de Vi, & vi arm. Leg.* 41. *tit.* 28. *part.* 3. ubi D. Greg.
Lop. verb. *Entregado.* Pinel. *in Leg.* 2. *Cod. de Resc. vend.*
2. *cap.* 3. *num.* 1. Garc. *de Expens. cap.* 1. *num.* 15. *cum seqq.* y en terminos de bienes fideicommissarios: *Leg. Domos, ff. de Legat.* 2. *Leg. fin. §. fin. Cod. Comm. de Leg. lex*
11. *tit.* 15. *part.* 5. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 26 *num.* 14. y aun
en posseedor de mala fee, quando los reparos fueron pre-
cissos, como los de nuestro caso: *Leg. Domum.* 5. *C. de Reivindic.*

125 Ni es de momento, que algunas de las mejoras,
y nuevos edificios se hiziessen en suelo de Mayorazgo,
para que cedan à èl, sin obligacion de restituir conforme
à la *Ley* 46. *de Toro*: porque esta Ley, y su disposicion se
debe limitar, y entender en las mejoras, y reedificios he-
chos por el posseedor de el Mayorazgo; pero no en el
tercero posseedor de buena fee, de quien no habla la Ley;
y assi dexò ilessa la disposicion de derecho comun. Mier.
de Maiorat. 4. *part. quæst.* 32. *per totam, & signanter, num.* 28. Gutierr. *lib.* 3. *Pract. quæst.* 68. *numer.* 2. & 3.
Burg. de Paz *quæst.* 7. *num.* 32.

12 Si bien que el assumpto principal se dirige à la ab-
solucion de la demanda, y confirmacion de la venta: yà
sea por la observancia precisa, y legal de la transaccion,
sobre que no puede recaer recurso de lesion: ya sea; por-
que este recurso no es admissible por derecho contra una
venta, que se otorgò con authoridad publica de la Justi-
cia,

cia, y con tantos examenes, y precauciones, que no permiten aptitud à la lesion: *Leg. 1. Cod. de Præd. decur.* ibi: *Si quis decurionum rustica prædia, vèl urbana venditor, necessitate coactus, adijcit, interpellet iudicem competentem, omnesque causas sigillatim, quibus strangulatur, exponat, & ita demum distrahendæ possessionis facultatem accipiat; ita enim fiet, ut nec immoderatus venditor, nec emptor cuiuscumque sit conditionis inveniatur iniustus: denique NIHIL erit post modum, quo venditor, vèl CIRCUMBENTUM se insidijs, vèl oppressum potentia comparatoris, QUÆRI DEBEAT, quandoquidem sub fide actorum, & de necessitate distrahentis, & de voluntate apparuerit comparantis.* Ita speramus. S. J. O. T. S. C.

Lic. Don Salvador Phelipe Bermeo y Arze.